

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1114

(Ano XIV)

(24/09/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1114



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1114, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 789 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



A inaplicabilidade do Decreto que objetiva cercear a possibilidade de defesa nos processos administrativos disciplinares

Adel El Tasse, 10.

ARTIGOS

Exigência imediata de relevância no Recurso Especial: a primeira sinalização do STJ e tendências práticas

Ingryd Stéphanye Monteiro de Souza, 13.

A incompatibilidade do aborto sentimental frente à ordem constitucional de 1988

Aneli Souza Amaral Cury, 21.

Afinal: o defensor público e o candidato ao cargo de defensor público precisam (ou não) de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)?

Matheus Eurico Borges Carneiro, 50.

Os princípios contratuais na perspectiva civil-constitucional

Luisa Lemos Ferreira, 59.

Uma análise sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas sob a ótica do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

Camila Pereira Barreto, 78.

Apelação no tribunal do júri à luz da mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: segundo semestre de 2022: As noveis orientações jurisprudenciais trazidas nos informativos 745, 747 e 748, de agosto e setembro de 2022

Nara Livia Manfrin, 91.

Aplicação da regra do contraditório prévio ao instituto da emendatio libelli

Priscilla Pereira Oliveira, 96.

A propriedade sob o prisma da análise econômica do direito

Felipe Targão Segura, 109.

A justiça de transição e o controle de convencionalidade da lei de anistia do Brasil

Ana Laura Baiocchi de Souza Parreira, 129.

A inconstitucionalidade da condição dos servidores “não estabilizados” no quadro de pessoal tocantinense

Aneli Souza Amaral Cury, 133.

A interpretação da lei de violência doméstica e familiar contra a mulher

Matheus Eurico Borges Carneiro, 159.

A prescrição no procedimento de apuração de ato infracional

Ana Laura Baiocchi de Souza Parreira, 166.

Cyberbullying e a educação: A efetividade das políticas públicas nas escolas

Caroline Lima dos Santos, 173.

A reparação pecuniária na tutela de interesses transindividuais e sua destinação

Camila Pereira Barreto, 190.

Os direitos da personalidade sob a ótica da tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Priscilla Pereira Oliveira, 205.

A investigação criminal tecnológica no auxílio ao trabalho investigativo da Polícia Judiciária

Paulo Henrique Silva Ribeiro, 219.

A ponderação de princípios contratuais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Luisa Lemos Ferreira, 242.

Ecofeminismo para uma sociedade justa e igualitária

Ana Clara Fonseca Xavier, 254.

A alegação de propriedade em sede possessória

Yasmin Patricio da Costa Almeida, 261.

Curadoria Especial e Defensoria Pública

Kathlen Caroline Alves de Lima, 282.

A responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas estéticas

Nathany Matos Barbosa, 286.

Paternidade socioafetiva e suas formas de reconhecimento: uma análise do Provimento nº 63/2017 do CNJ

Haeckel Rodrigo Bulcão da Silva, 297.

A reparação civil quando o agente atua em estado de necessidade e atinge bem de terceiro

Matheus Eurico Borges Carneiro, 304.

Apontamentos acerca da criminologia crítica, sistema jurídico-penal e necropolítica no Brasil

Luiza de Oliveira Gutterres e Fernanda Joia Barreto Lima, 321.

A atuação da curadoria especial nos processos de destituição do poder familiar

Ana Laura Baiocchi de Souza Parreira, 334.

A teoria dos precedentes e o aparente conflito entre o princípio da segurança jurídica e o dinamismo do direito jurisprudencial

Priscilla Pereira Oliveira, 341.

A dissolução parcial das sociedades e o princípio da preservação da empresa

Luisa Lemos Ferreira, 354.

O caso Márcia Barbosa: a necessidade de uma perspectiva interseccional para o adequado tratamento jurídico do feminicídio

Camila Pereira Barreto, 369.

O crime continuado à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial dos nossos tribunais

Nara Livia Manfrin, 385.

O princípio da liberdade nas relações familiares no direito brasileiro: uma análise à lei do planejamento familiar

Mariana Fernandes Triveloni, 404.

Infiltração virtual de agentes: extensão do método investigativo aos crimes cometidos contra a dignidade sexual das crianças e adolescentes

Mayene Hashimoto Futigami, 420.

Femicídio como reflexo do sistema patriarcalista ao longo dos séculos

Bianca Cordeiro de Oliveira, 433.

Os precedentes e a aproximação e distinção do sistema romano-germânico e o common law

Reginaldo Lourenço Pierrotti Júnior e Luciana Ferreira Lima, 447.

A arbitrabilidade no processo coletivo

Edson Francisco Rocha Neto e Carlo Marinoni Abdo, 467.

Conversão de tempo especial exercido com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde em comum após a Emenda Constitucional nº 103/2019

Mariana Cerqueira Andrade, 489.

A validade da teoria da asserção como método de investigação das condições da ação: *In statu assertionis* no CPC/2015

Alexandre Branco Pucci, 508.

Importância do respeito aos animais por meio do direito à vida e à dignidade

Mikaelly de Paula da Silva, 533.

Constitucionalismo Feminista: Declínio Democrático e Gênero

Aldeny Carvalho Moura, 549.

A necessidade de tutela eficaz aos direitos humanos das mulheres: uma análise geral dos casos brasileiros de violência contra a mulher submetidos ao sistema interamericano

Ana Laura Baiocchi de Souza Parreira, 555.

Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e a jurisprudência do STF

Priscilla Pereira Oliveira, 562.

Direito agrolaboral e o trabalho escravo

Camila Passos da Rocha, 575.

Guarda compartilhada e a síndrome de alienação parental

Letícia Fernanda Matheus Zanini, 595.

O Inferno de Suely

Eduardo Luiz Santos Cabette, 616.

Alimentos gravídicos: uma análise normativa da Lei 11.804/2008

Mikael Eduardo Romão Rocha, 623.

Aquisição do direito de propriedade intelectual pelo empregado em programas de computador, a Cláusula de Tail e a negociação coletiva

Leonardo da Costa Carvalho, 636.

Mulheres privadas de liberdade: parâmetros internacionais e desafios nacionais

Rani Gomes Gedeon, 644.

Sustentabilidade nas organizações

Priscilla Pereira Oliveira, 664.

Aplicação da obrigação de licitar para entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos

Lanna Carine Dantas Ferreira Correia, 673.

O reconhecimento da multiparentalidade e da parentalidade socioafetiva em equivalência com a parentalidade biológica e seus efeitos jurídicos

Audrey Karen Prado Paixão, 731.

O papel das cortes superiores na conquista dos direitos da população LGBTQIA+ no Brasil

Ana Laura Baiocchi de Souza Parreira, 744.

A influência midiática nas decisões judiciais no âmbito penal

Aline Rocha Ribeiro, 751.

A influência do direito internacional na ordem jurídica brasileira

Matheus Eurico Borges Carneiro, 783.

A INAPLICABILIDADE DO DECRETO QUE OBJETIVA CERCEAR A POSSIBILIDADE DE DEFESA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

ADEL EL TASSE: Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Autor de dezenas de livros e artigos publicados em livros, revistas e periódicos.

Foi recém editado o Decreto nº 11155/2022, o qual contempla particular conteúdo objetivando produzir direto cerceamento de defesa, em relação às pessoas acusadas em processos administrativos disciplinares, no âmbito da Advocacia Pública Federal.

Pelo referido decreto, as decisões punitivas do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral Federal, adotadas em decorrência de poderes delegados, não seriam passíveis de recurso, cabível apenas, por uma vez, o pedido de reconsideração, para a própria autoridade que promoveu o julgamento.

Não demanda muito esforço intelectual para perceber que a nova regulamentação é absolutamente inaplicável, na medida em que tenta por meio de simples decreto produzir reforma em normatização supralegal, bem como em lei ordinária.

Nesse sentido, vale destacar que o decreto ocupa posição específica na hierarquia normativa. Conforme a conhecida "Pirâmide de Kelsen", os decretos, por serem de menor grau hierárquico, devem obedecer às normas de maior ordem hierárquica, como as leis ordinárias e, evidentemente, as normas supraleais, não podendo lhes alterar o conteúdo ou limitar suas regras.

Importante observar, conforme já detalhei no artigo *A fragilidade dos filtros ao exercício do poder punitivo no âmbito administrativo disciplinar*, serem as sanções impostas nos processos administrativos disciplinares, manifestações do poder punitivo do Estado, portanto, submetidas aos filtros estruturados no âmbito penal, os quais objetivam reduzir as irracionalidades e estruturar de maneira republicana e democrática o exercício das punições.

Ocorre que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose - Costa Rica) é taxativa no artigo 8º, item 2, letra h, ao estabelecer ser direito da pessoa

processada recorrer ao menos uma vez para instância superior, conteúdo extensível aos processos administrativos disciplinares, na medida em que, conforme já assinalado, a regras e garantias de contenção do poder punitivo, estruturadas no Direito Penal, lhe são totalmente aplicáveis.

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 (J. 03/12/2008), o Pretório Excelso consolidou o entendimento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem posição hierárquica supralegal, ou seja, está acima de toda legislação, exceção da Constituição Federal.

Nessa toada, a tentativa do Decreto 11155/2022 de impedir qualquer recurso, das punições administrativos disciplinares, para âmbito hierárquico superior, labora em significativa inconvenção, por tentar afastar convenção dotada de caráter supralegal e fixadora do mínimo para ser o Estado brasileiro considerado dotado de compromisso com os direitos humanos, permitindo, assim, dizer, além de sua inaplicabilidade, ser proposta de verdadeiro rebaixamento civilizatório.

Não bastasse, o Decreto nº 11555/2022, volta-se contra a lei nº 9784/99, a qual no artigo 14, § 3º é expressa em dizer serem as decisões proferidas por ato delegado consideradas editadas pelo delegado, prevendo cabimento recursal no artigo 56, conforme já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 17449/DF.

Assim sendo, a partir da simples hierarquia normativa é bastante evidente não ter o decreto o condão de afastar a disciplina da matéria ofertada pela lei ordinária e, na medida em que a lei nº 9784/99 não restringe o cabimento de recursos, quando diante de punição aplicada a partir de poder delegado, não pode o decreto o fazer, pois, estaria havendo limitação de direitos processuais fixados em lei formal, ou seja, a qual foi objeto de regular processo legislativo constitucional, com apreciação plena pelo Parlamento, por meio de simples decreto.

A hipótese, é de clara ruptura na estrutura tripartite dos poderes, pois, o ato do Poder Executivo ventilado pela via do decreto, tenta limitar a legislação, sem que seja seguido o processo legislativo estabelecido na Constituição Federal.

Além das questões já apontadas, condutoras da evidente inaplicabilidade do decreto em análise, não é excessivo mencionar não poder ser admissível, no Estado Democrático de Direito, valer-se o Poder Executivo de atuação normativa direta para bloquear o exercício da defesa de pessoas processadas.

Fosse aceitável referida situação, haveria evidente migração do processo brasileiro para o modelo autoritário e policial, sendo abandonadas suas bases

democráticas, com construção de preocupante cenário de aceitação de atuação executiva por via de decreto, sem qualquer controle, para limitar os direitos e garantias fundamentais.

Não socorrem argumentos sensacionalistas de facilitação do combate à corrupção ou agilização das medidas disciplinares contra maus servidores, pois, conforme bem destacou o Desembargador Conrado Kurtz, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do recurso em relação ao rumoroso julgamento do “caso da boate kiss”, não podem existir duas regras de processo, para serem escolhidas, conforme a natureza do caso, menos ainda, sendo possível aceitar que quem julgar crie seu procedimento próprio.

O conteúdo processual, em matéria punitiva, deve ser compatível com o sentido ofertado pela Constituição Federal, qual seja, a maior habilitação possível da defesa, com preservação de direitos e garantias, para que eventual condenação tenha sido decorrência da análise racional dos fatos, a partir de amplo debate sobre a matéria colocada, o que se incompatibiliza de todo com o modelo proposto pelo inaplicável Decreto nº 11155/2022, pelo qual há habilitação punitiva, a partir de decisão irrecorrível, contra a qual somente é cabível pedido de reavaliação pela própria autoridade que já decidiu pela punição.

EXIGÊNCIA IMEDIATA DE RELEVÂNCIA NO RECURSO ESPECIAL: A PRIMEIRA SINALIZAÇÃO DO STJ E TENDÊNCIAS PRÁTICAS

INGRYD STÉPHANYE MONTEIRO DE SOUZA:
Advogada. Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia (FARO).

RESUMO: O presente estudo aborda considerações e reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 125/2022 que dispõe sobre o novo requisito do recurso especial, anteriormente denominado como “PEC da Relevância”. Pretende-se concatenar as principais ideias e o estado em que se encontram os entendimentos, visto que o instituto da relevância, ao adentrar no ordenamento jurídico brasileiro, esbarra na carência de critérios conceituais e procedimentais, conduzindo para os questionamentos sobre a eficácia deste requisito nos novos recursos especiais interpostos a partir da vigência normativa, bem como a possibilidade ou não da imediata exigência de demonstração diante da expressão “nos termos da lei”, incluída pelo art. 105, §2°. Ao final, retrata as primeiras impressões sobre a tendência do STJ quando da exigência de arguição de relevância como requisito de admissibilidade recursal, buscando propor uma solução prática para o momento processual enfrentado.

Palavras-chave: Relevância. Emenda Constitucional. Admissibilidade. Eficácia.

Sumário: Introdução. 1. Breves diferenciações entre filtros de admissibilidade nos Tribunais Superiores antes da EC n. 125/22; 2. A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade; 3. A eficácia da Emenda Constitucional n.125/2022: primeira sinalização do STJ; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Introdução

Não é recente a pretensão dos Tribunais Superiores de serem cada vez mais excepcionais por meio de institutos de controle e análise admissionais do recurso. Uma clara tentativa de aprimorar a gestão do grande volume de demandas e ao mesmo tempo atender os princípios de isonomia, celeridade e segurança jurídica. A criação da repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal incluída pela Emenda Constitucional n. 45 em 2004, adota um regime particular para julgamento de casos sujeitos à vinculação e fixação de precedente.

Ou seja, forma precedente pela força vinculante posteriormente estabelecida na legislação processual brasileira, que adotou peculiaridades da tradição jurídica *common*

law. Assim, no geral, evita-se o dispêndio da movimentação da máquina judiciária e contribui para a simetria das decisões encaminhadas até a Suprema Corte, com matérias já pacificadas por regime próprio, com a exceção da hipótese de superação de tese.

Em linhas sintetizadas, os Tribunais Superiores possuem a função primordial de aplicar os deslindes legais, seja na órbita federal no caso do Superior Tribunal de Justiça ou Constitucional quando do Supremo Tribunal Federal. A matéria e o direito decidido não importam somente para as partes, dada a impossibilidade de reanálise fática, mas, principalmente, para a sociedade, com efeitos *erga omnes*.

Para este impacto se tornar mais efetivo, os recursos excepcionais se destacam com requisitos de admissibilidade específicos, marcados por reformas com a finalidade de promover o reconhecimento de sua excepcionalidade e reforçar a visão de precedentes vinculantes.

1. Breves diferenciações entre filtros de admissibilidade nos Tribunais Superiores antes da EC n. 125/22

Preliminarmente, as diferenciações entre os filtros de admissibilidade antes do advento da Emenda n. 125/22 se mostram convenientes para que seja compreendida a dimensão da mudança realizada pela inserção da relevância nos recursos especiais.

Como alcance ao STF, a repercussão geral da questão de direito constitucional deve ser identificada, sendo um dos requisitos de admissibilidade para o recurso extraordinário. A temática deve abordar casos de impacto significativo juridicamente, ou de importância na sociedade, na política e na economia. Ausente este elemento ou não verificado, o recurso resta não conhecido, impedindo seu prosseguimento, mesmo que preenchido todos os outros requisitos de tempestividade, preparo, interesse e etc.

Ora, a verificação de que o STF considerou ou não a repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso constitui juízo de admissibilidade. Não reconhecida a repercussão geral ou qualquer um dos pressupostos genéricos de admissibilidade, o não conhecimento do recurso se impõe – fenômeno a que o dispositivo em comento denomina negativa de seguimento. (DONIZETTI, 2017).

Já na Corte Superior, antes da referida EC, o filtro de admissibilidade centralizava na violação à lei infraconstitucional para a subida do recurso, desde que atendido os requisitos gerais e específicos. Somente dentro de um rito específico, se cabível, a multiplicidade de processos de mesma matéria poderia ensejar em repetitivo, com a instauração de um procedimento para julgamento e fixação de tese jurídica.

Se preenchido os requisitos gerais e específicos como esgotamento das vias ordinárias, prequestionamento e questão de direito, há a possibilidade, até então, de julgamento "comum" do recurso especial, sem entrada pelo repetitivo, se assim a característica do caso (multiplicidade de demandas com a mesma questão de direito) não for evidenciada.

Enquanto o primeiro é caracterizado pelo critério preliminarmente qualitativo e admissional, condição *sine qua non* para acesso ao Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça não detinha abordagem semelhante, se bastando pela escolha de regime de repetitivo que se acomoda ao critério quantitativo, com a finalidade precípua de controlar o acesso múltiplo de casos de mesma natureza, para fins de julgamento por amostragem, com efeitos de afetação, suspensão e formação de precedente.

Notadamente, para atuação pelo rito repetitivo, têm-se o abalo à lei federal como requisito específico principal e a intensa quantidade de demandas da mesma espécie, não abarcando a funcionalidade do requisito de admissibilidade pela repercussão geral no âmbito do STF, mormente por este ser prejudicial ao próprio recurso.

Nesse pensar, em sede de STJ, os recursos múltiplos com a mesma controvérsia de direito poderão ser selecionados, afetados ou suspensos para serem julgados por repetitivo, em conjunto para posterior tese, por um rito diferenciado. Não sendo o caso da tramitação por esta via, para o cabimento do recurso especial, além dos requisitos gerais, deve-se ater à violação a lei federal para a tramitação regular na Corte Superior, sem considerar o novo requisito criado.

Em síntese, exposto estes acessos excepcionais recursais e suas diferenciações, o STF possuía maior barreira recursal até o momento. Contudo, a Emenda Constitucional da Relevância demonstra ter caído "como uma luva" para o STJ passar a adotar uma filtragem recursal ainda mais incisiva, com a obrigatoriedade do tema relevante e sua demonstração.

2. A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade

Desse modo, verificável a tentativa de: a) permanência da busca anteriormente citada para limitar as matérias discutidas nos Tribunais Superiores, além de diminuir o fluxo intenso de demandas e garantir o reconhecimento das excepcionalidades das Cortes; b) Estabelecer um requisito de admissibilidade, agora ao STJ, como complemento ao item "a", bem como originar um novo meio de formar precedentes, com a construção jurisprudencial de temas que não descritos pela EC como presumidamente relevantes.

É um caminho já conhecido, pois com o "aumento de demandas sobre a mesma matéria fática e jurídica, houve a necessidade de desenvolver mecanismos para conter a

sobrecarga de processos, morosidade e eventual ineficácia jurisdicional fortemente estigmatizada pelo senso comum". (SOUZA, 2021).

Para atender este desígnio, seria desafiador e até fatigante para o sistema construir uma "lista de matérias relevantes" proferidas em decisões de admissibilidade do zero, vez que sequer atingiria o objetivo efetivamente ou resultaria numa modificação mais demorada, a não ser que a análise de relevância seja subjetiva - caso a caso - e o controle seja meramente interno, sem impactos em casos análogos. Tal hipótese de análise individual (conhecimento ou não do recurso como relevante) foi levantada por Lemos (2022).

De outro norte, se o requisito pretende (como aparenta ser ao exigir dois terços dos membros para exame de negativa de admissibilidade, bem como ao considerar os casos de presunção de relevância), criar assim um padrão decisório de forma a atingir diretamente todos os processos futuros, o estudo do instituto com os procedimentos já existentes de julgamento por amostragem torna-se imprescindível.

Por tal razão, oportuno ser posteriormente melhor desenhado por regulamentação legal para detalhar os efeitos, a amplitude das decisões de relevância ou irrelevância e se as hipóteses previstas são passíveis de extensão ou interpretação, tendo como guarida o art. 105, §3º, inciso VI, dentre outros questionamentos que dependem de outros pormenores legais.

3. A eficácia da Emenda Constitucional n.125/2022: primeira sinalização do STJ

Dada as dúvidas postas à mesa, soma-se ainda o fato da controvérsia sobre a eficácia da Emenda Constitucional n.125/2022, os escritos contrastantes "nos termos da lei" e "entra em vigor na data de sua publicação".

O primeiro preceitua a necessária criação legislativa ao condicionar a demonstração da relevância para conhecimento do recurso, importando esta definição para detalhamentos conceituais, procedimentais, inclusive a adequação do instituto com o sistema vigente.

Isto se justifica pelo fato da norma que a criou expressamente solicitar por regulamentação. Ao se apegar neste entendimento, a exigência do novo requisito acarretaria violação ao devido processo legal, dada a ausência de lei específica, em especial podendo culminar na insegurança jurídica.

Nesse sentido, Cunha (2022):

(...) E não se pode exigir da parte que demonstre um requisito de admissibilidade que depende de regulamentação legal. Sem a

regulamentação legal, não há diretrizes, padrões nem exigências a serem observadas. O §3º do artigo 105 da Constituição prevê casos em que há presunção de relevância. Também não se pode dizer que tal disposição já está em vigor. Nenhum recurso especial pode já ser examinado a partir da exigência de relevância. Não faz sentido dizer que o recorrente já deve, antes mesmo da lei, afirmar que seu caso está entre os do §3º do artigo 105 da CF, pois a relevância é presumida para todos os casos. Não se pode, ainda, examinar, sem lei, a falta de relevância, nem se deve, sem lei, exigir qualquer ônus para a parte recorrente.

O segundo termo direciona para a eficácia plena e imediata, podendo já ser exigida ou discutida a relevância nos próximos recursos especiais interpostos, assim como o recorrente deve demonstrar a relevância da questão federal, sob pena de experimentar os efeitos negativos do não conhecimento.

A propósito, é o que defende Avelino (2022), em análise comparada ao instituto de repercussão geral (EC. 45/04), mencionando, em suma, dois pontos em defesa da exigência:

a) EC n.125/22 prevê os casos de relevância no STJ, indicando aplicação aos temas presumidamente relevantes, ao contrário da normativa para o STF de 2004 e comenta sobre o fato da existência de um “amadurecimento” sobre o conceito de repercussão geral e que isto poderia ser aplicado no mesmo nível;

b) o segundo ponto aduz que na Emenda da Relevância deixou claro a exigibilidade a partir da publicação, ao contrário do que ocorreu com a Emenda n.45/04, que estabeleceu expressamente a comissão especial de regulamentação para condição de exigência.

Nota-se que a repercussão geral experimentou dupla regulamentação para ser exigida nos recursos extraordinários, por meio do Regimento Interno do STF n.21/2007 e Lei nº 11.418/2006, como bem destacado por Mesquita (2022).

Curiosamente, com base nessa identidade entre os institutos de relevância e repercussão geral, os posicionamentos existentes da imediata exigência com a espera da regulamentação se encontram. Os institutos se distanciam e se aproximam nas incertezas.

Nesse sentido, para balizar o processamento dos recursos especiais com o novo requisito até a vindoura lei regulamentadora, a alternativa seria mesmo tratar como a conhecida repercussão geral.

É dizer, o exame constata se a questão de direito federal é relevante pelo aspecto econômico, político, social ou jurídico. Por óbvio, o recorrente debaterá que o recurso ultrapassa os interesses das partes, legitimando o viés de impacto maior e transcendente. A lei futura ainda poderá dispor de novas dimensões sobre a relevância, o que exigirá a espera dessa realidade.

O risco de tender para a exigência imediata da relevância já existe, embora decidido monocraticamente, o STJ ao decidir a admissibilidade do agravo interno em sede de agravo em recurso especial compreendeu pela demonstração de relevância nos recursos quando o acórdão recorrido for publicado após a Emenda:

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado em data anterior à publicação da Emenda Constitucional nº 125, não se aplicando ao caso o requisito de admissibilidade por ela inaugurado, ou seja, a demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. (STJ. AgInt no AREsp n. 2.095.488, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 05/08/20).

Portanto, no caso em concreto, o acórdão impugnado é anterior à publicação da EC. 125/2022, aparentemente, deixando de aplicá-la tão somente por este motivo. Caso contrário, o recurso não seria conhecido. E, por esta decisão, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acaba por sinalizar sua exigência imediata.

A decisão que considera a publicação do acórdão recorrido se conecta ao direito intertemporal. O recorrente possui o que Cunha (2016, p. 132) denomina como sendo um direito adquirido processual, cabendo limitar as alterações e inovações legais até o momento da sua publicação e conseqüente surgimento no cenário jurídico.

Essas primeiras tendências são essenciais para dimensionar os riscos da uma interposição de recurso especial sem o novo requisito.

Em relação aos aspectos práticos, em que pese ser unânime não ser devida a exigência imediata da relevância por motivo de pendência legal, os processualistas, a exemplo de Alvim, Uzeda, Meyer (2022) e Avelino (2022) defendem, como medida de precaução, a realização de uma preliminar para arguição de relevância, pretendendo demonstrar que os interesses do recorrente ultrapassam o direito individual e atinge a transcendência, o que ganha mais indispensabilidade com os rumos sinalizados pelo STJ.

Considerações finais

Um instituto como o da relevância, dada a sua carência de especificidades em um contexto recursal em funcionamento, a exigência imediata pode comprometer a própria intenção do legislador, com conceitos ainda indefinidos. Isso porque a não definição

precisa sobre o novo requisito revela um futuro de inseguranças recursais: apresentar uma demonstração de relevância somente como tentativa de conhecimento, sem rumo.

Não obstante a exigência “precipitada” ter como risco o comprometimento da segurança jurídica, ainda há impacto no devido processo legal, vez que a análise do requisito perpassa por votação de membros, daí sendo primordial a identificação dos efeitos desta decisão dentro do ordenamento às demandas futuras, pela própria definição legal da relevância, além da preparação interna e regimental no âmbito do Superior Tribunal de Justiça para adaptação à nova realidade.

Longe de encontrar solução, ante ao risco existente de se exigir nos recursos especiais a demonstração de relevância da matéria, recomendável a arguição de ambos os posicionamentos, seja no sentido da necessidade de lei regulamentadora para definição, e de forma subsidiária, a demonstração da relevância nos moldes da repercussão geral, até que sobrevenham circunstâncias legais ou do próprio STJ para apontar o caminho prático a ser seguido.

Referências

ALVIM, Teresa Arruda; UZEDA, Carolina; MEYER, Ernani. **O funil mais estreito para o recurso especial.** Portal Migalhas, 19 jul. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369999/o-funil-mais-estrito-para-o-recurso-especial>. Acesso em: 31 ago. 2022.

AVELINO, Murilo Teixeira. **Primeiras linhas a respeito da relevância da questão Infraconstitucional no Recurso Especial – Emenda Constitucional N° 125/2022.** Disponível em: https://www.academia.edu/83871602/PRIMEIRAS_LINHAS_A_RESPEITO_DA_RELEVANCIA_DA_QUESTAO_INFRACONSTITUCIONAL_NO_RECURSO_ESPECIAL_EMENDA_CONSTITUCIONAL_N_125_2022. Acesso em 30 ago.2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 2.095.488**, Brasília: STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=ARESP+2095488&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 30 ago. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, n. 8.1, p. 132.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Reflexões sobre a relevância das questões de direito federal em recurso especial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-23/carneiro-cunha-relevancia-questoes-direito-federal-resp>. Acesso em 31 ago. 2022.

DONIZETTI, Elpídio **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1371.

LEMOS, Vinicius. **Relevância como instituto em construção: necessidade e importância da futura.** Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-29/vinicius-lemos-relevancia-instituto-construcao>. Acesso em 30 de ago. 2022.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. **É preciso demonstrar a relevância no recurso especial agora?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-25/maira-mesquita-preciso-demonstrar-relevancia-resp-agora>. Acesso em 30 ago. 2022.

SOUZA, Ingryd Stéphanie Monteiro de. **Precedentes no Tribunal de Justiça: A função de revisor decisório e a formação de tese jurídica vinculante territorial.** In: ALVES, Danilo Scramin (Org.). O direito processual brasileiro em pauta (Direito em Debate, V.5). Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2021. p. 103.

UZEDA, Carolina. **Arguição de relevância no recurso especial: a volta dos que não foram.** Coluna Processualistas – Jusbrasil, 18 jul. 2022. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/1577331567/arguicao-de-relevancia-no-recurso-especial-avolta-dos-que-nao-foram>. Acesso em: 31 ago. 2022.

A INCOMPATIBILIDADE DO ABORTO SENTIMENTAL FRENTE À ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

ANELI SOUZA AMARAL CURY:

Servidora pública estadual, advogada licenciada, graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera e especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins.

RESUMO: O presente trabalho resume de maneira patente a incoerência da permissividade do abortamento em gravidez resultante de estupro com a atual ordem constitucional, inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Demonstra maneiras mais humanitárias para se manter o direito da genitora, bem como o do nascituro, de modo que aquela permita a gestação proveniente da violência, e, assim, atenda às especificidades de mãe e filho, considerados como seres humanos e sujeitos de direitos, tais quais ambos são.

Palavras-chave: 1. Aborto em gravidez resultante de estupro. 2. Direito à vida. 3. Nascituro. 4. Constituição Federal

ABSTRACT: This paper summarizes the way the patent inconsistency of the permissiveness of abortion in pregnancies resulting from rape to the current constitutional system, inaugurated by the 1988 Federal Constitution. Show more humane ways to keep the mother's duty, as well as the unborn, so that allowing the pregnancy from the violence, and thus addresses the specific characteristics of mother and child, considered as human beings and subjects, those which are both.

Key words: 1. Abortion in cases of pregnancy resulting from rape 2. Right to life. 3. Unborn child. 4. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Civilizações antigas já preconizavam a preservação da vida intra-uterina, independentemente de haver o nascimento do resultado da contracepção, apesar de já estar presente a discussão acerca do termo inicial da vida humana, haja vista os meios precários para a verificação desta.

No Egito antigo, o direito vigente dispunha, inclusive, que, caso a genitora fosse adúltera e, por isso, condenada à pena de morte, esta apenas seria executada à condenada, se grávida, depois do parto (MARTINS; MARTINS; MARTINS FILHO, 2008).

A ideia aristotélica era de que a vida aconteceria somente depois da fixação da alma ao corpo, fato este de ocorrência por volta do quadragésimo dia da concepção, dependendo ser o feto do sexo masculino ou feminino (SPOLIDORO, 1997).

Em Roma, prevaleceu o preceito de que o nascituro seria considerado nato na medida em que prerrogativas suas estivessem em jogo (POLETTI, 2007), ou seja, *nasciturus pro iam nato habetur, quum de eius commodo agitur*, porém, ressaltava-se já se considerar uma pessoa viva o nascituro, nascendo com vida ou não.

O direito à vida já existia nas constituições anteriores, entretanto, de maneira superficial e ampla. Em 1988, a nova ordem constitucional inaugurou e consolidou perspectivas nitidamente humanitárias, dentre as quais, muitas já encontravam guarida em tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Biologicamente, a medicina, calcada em estudos aprofundados sobre a evolução da gestação, da fecundação à luz, acabou por concluir com Von Winiwarter, já em 1912, que a célula fecundada detém todas as informações genéticas necessárias para o desenvolvimento de um ser humano autônomo e singular (PUSSI, 2005), isto é, a partir do disparo da reprodução do óvulo fecundado pelo espermatozoide, tem-se uma pessoa que, apesar de ainda em formação, é, e continuará a ser, pessoa humana.

Não obstante as inumeráveis discussões acerca do início da vida humana, a Constituição Federal vigente optou por defender a inviolabilidade do direito à esta, além de haver fundamentado nosso Estado Democrático de Direitos com base na dignidade da pessoa humana, independente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As vidas extra e intra-uterinas detêm valores idênticos, haja vista a impossibilidade de existência de ser humano que não tenha passado pelas fases da concepção, zigoto, embrião, feto, infância, adolescência que tenha chegado à fase adulta. Com acerto, a punição ao crime de aborto recebeu amparo do legislador no capítulo dos crimes contra a vida, mais especificamente, contra a pessoa, entretanto, o nosso Código Penal, em 1940 preferiu excepcionar a persecução criminal quando o aborto fosse provocado em gravidez resultante de violência.

Fato que enseja polêmicas estratosféricas, que envolvem argumentos de cunho social, jurídico, filosófico, religioso, ético, dentre outros tantos. Contudo, admitir-se o aborto como solução de problemas sociais não deve sequer ser cogitado, menos ainda permitido, posto ser o direito à vida, haja vista sua singular dimensão, dever ser majoritário e prioritário (MAGALHÃES, 2000).

Em suma, os holofotes do presente trabalho incidirão sobre os direitos concernentes ao nascituro quando da ameaça de aborto, em especial, do aborto que se pauta sobre ser a gestação indesejada em decorrência de estupro, além da supremacia do direito à vida quanto aos demais.

Ademais, intenta-se ressaltar a necessidade inescusável de apoio e observância dos direitos inerentes às genitoras vítimas de violência, a fim de que a impetuosa brutalidade suportada pelas mulheres no momento do estupro não se perpetue e redunde no fim da vida do ser (também) inocente, concebido.

Realçar-se-á, portanto, a discrepância entre o permissivo ao aborto sentimental, decorrente de gravidez resultante de estupro, com a ordem constitucional em vigor.

1 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS BASILARES INERENTES AO NASCITURO

1.1 A Inviolabilidade e primazia do direito à vida

A evolução da doutrina dos direitos fundamentais encontra esboços genéricos nas primitivas declarações de direitos nos forais e, na Idade Média, pelas cartas de franquia, as quais continham declarações de direitos, passando pela Revolução Francesa, em 1789, e pela edição das constituições republicanas mexicana, de 1917, a alemã de Weimar (1919) e a espanhola, de 1931, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948 (PUSSI, 2005).

Um conceito concreto, sintético e conciso sobre os direitos fundamentais do homem é de difícil definição, haja vista todo o alargamento e modificação dos referidos direitos na evolução histórica. Óbice acrescido em virtude do emprego de expressões diversas para designá-los, tais como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, liberdades públicas/fundamentais, direitos fundamentais do homem, dentre outros (SILVA, 2005).

José Afonso da Silva (2005) defende a expressão “direitos fundamentais do homem” como a mais adequada por fazer referência ao resumo dos princípios que guiam o entendimento do que seria o mundo, além de demonstrar a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico. E ainda sobre a expressão, aduz que:

é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17. (p. 178)

Assim sendo, podemos entender serem os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana um arrolamento mínimo, donde o homem extrai os elementos essenciais e imprescindíveis para, no mínimo, existir, sobreviver e conviver. Sendo que atualmente admite-se, inclusive, a proteção constitucional do indivíduo em face de outros ou de grupos de indivíduos, ou seja, a proteção aos direitos do homem amplia-se vertical e horizontalmente.

Consoante entende Celso Ribeiro Bastos (1999), representam os direitos fundamentais

um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. (p. 158)

Não se reconhece, entretanto, serem absolutos os direitos fundamentais, quaisquer que sejam, pois os mesmos não devem ser utilizados como uma escusa para a prática de atividades ilícitas, menos ainda, como subterfúgio para minar ou mitigar a

responsabilização penal ou civil de delinquentes, posto, caso contrário, feriríamos gravemente o real Estado de Direito; encontram limitação nos outros direitos também consagrados na Constituição Federal, o que se denomina “Princípio da Relatividade” ou “Princípio da Convivência das Liberdades Públicas” (MORAES, 2003).

Contudo, é imperioso ressaltar que alguns direitos denotam maior força impositiva perante os demais, em decorrência de sua imprescindibilidade diante dos outros, um verdadeiro supra direito. Por ser um direito condicionante, por ser de onde todos os demais dependem e derivam, o direito à vida, confere-se ao conceito o direito de desenvolver-se natural e paulatinamente no ventre materno, para possibilitar-lhe nascer e viver de forma digna (NORBIM, 2006).

Não se intenciona definir o que se denomina vida. Porém, de maneira geral, seria mais um processo (vital), que se instaura com a fecundação (ou germinação vegetal), em que se transforma, progride, mantendo-se a individualidade, até o momento em que muda de qualidade, deixando de ser vida para transformar-se em morte. Ao passo que, aquilo que causar qualquer prejuízo a este espontâneo e incessante fluir, contraria a vida (SILVA, 2003).

Impossível não perceber ser a vida humana o objeto do direito assegurado pelo art. 5º, *caput*, a qual se constitui em elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). Razão esta que se faz considerar a vida como a fonte primária de todos os demais bens jurídicos, donde abstrairmos o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (SILVA, 2003).

Quanto a este último, José Afonso da Silva (2003) dispõe acertadamente que se trata do “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo”, o qual assegura a continuidade natural do ciclo vital do indivíduo, que se concluirá com a morte espontânea e inevitável. E continua:

Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria. (p. 198)

Há de funcionar o direito à vida como um escudo contra ingerências que possam atentar contra a existência do ser humano. A vida é direito que se reveste das características

dos direitos da personalidade, destacando-se a indisponibilidade, pois se trata de direito à vida, não de UM direito à vida (BITTAR, 2001).

Ainda quanto ao aspecto protetor do direito à vida, Carlos Alberto Bittar (2001) explana:

Constitui-se de direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular e importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir uma missão própria da sociedade. Cabe-lhe, assim, perseguir o seu aperfeiçoamento pessoal, mas também contribuir para o progresso geral da coletividade, objetivos esses alcançáveis pelo pressuposto da vida. (p. 67)

Diante deste posicionamento, depreende-se ser o fator “vida” o critério definidor da personalidade do indivíduo, uma vez que esta última é atributo do ser vivente e, por consequência, não se imagina seja criada (ou assegurada) apenas com o nascimento (NORBIM, 2006), mas reconhecida desde o primeiro instante em que se constate a existência de outro ser individualizado.

Alguns julgados de nossos tribunais consolidam a primazia da vida sobre os demais direitos, além de ressaltarem a personalidade do nascituro ao reconhecerem, inclusive, poder o mesmo ser indenizado por dano moral suportado.

Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Recurso Cível nº 71001157478 e na Apelação Cível nº 70004045027.

Ainda neste sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reafirma a procedência de indenização por dano moral ao não-nascido, observando sua personalidade:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL Nº 457.684-7 - 08.06.2005 CAMBUQUIRA
EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - MORTE DA VÍTIMA - SEGURADORA - RESPONSABILIDADE PELO VALOR CONTIDO NA APÓLICE. ILEGITIMIDADE DA PRIMEIRA AUTORA - INOCORRÊNCIA - DANO MORAL - NASCITURO - MORTE DO PAI - INDENIZAÇÃO DEVIDA - PENSÃO MENSAL - CONSIDERAÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS FIXADOS PARA OS FILHOS LEGÍTIMOS DA VÍTIMA - DPVAT - COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. [...] 3- O dano moral constitui o prejuízo resultante da dor imputada à pessoa em razão de atos que, indevidamente,

maculam seus sentimentos, provocando tristeza, mágoa ou atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral. 4- Embora o nascituro não tenha, por óbvio, conhecido ou convivido com o pai, antes do falecimento deste, não se pode negar que ele, assim como o filho de tenra idade, cujo pai teve sua vida ceifada precocemente, em razão de ato ilícito perpetrado por terceiro, é sujeito passivo de dano moral, na medida em que terá de conviver e de se conformar com a ausência do ente querido durante toda a sua vida. Afinal, o fato de a criança não ter conhecido o pai não minimiza ou elimina a dor e o abalo moral que sofrerá, por não tê-lo presente, notadamente nos primeiros anos de vida, acompanhando o seu crescimento, levando-o à escola e aos passeios e orientando-o, enfim, sendo privado do direito natural de ter o genitor presente em sua vida. 5- Em se tratando de indenização por danos materiais, em virtude de acidente de trânsito com vítima fatal, afigura-se justa a utilização dos mesmos critérios para a indenização concedida a todos os filhos, resultantes ou não da união conjugal. 6- Não se confundem a natureza da verba relativa à indenização de direito decorrente de sinistro e a oriunda do seguro obrigatório, DPVAT, por possuírem fundamentos e natureza distintos. Daí a impossibilidade de compensação.

Assim, pelo fato de o Direito carecer de critérios objetivos para se concluir sobre o início da vida, mostra-se o entendimento divulgado acima o que melhor se ajusta aos ideais da nossa ordem constitucional e aos direitos humanos na ordem internacional.

Entretanto, a importância dos tratados já vinha sendo ressaltada, antes mesmo da Emenda Constitucional n.º 45/20051. Ainda no ano de 1998, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo² destacava a relevância do Pacto de San José da Costa Rica, ao observar, inclusive, que o mesmo modificara o conceito de pessoa, sendo assim considerado qualquer ser humano, independente da manutenção de sua vida ser extra ou intra-uterina (CRUZ, 2009).

1 Que admitira a possibilidade de os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos alcançarem status de Emendas Constitucionais, observados os requisitos dispostos no §2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

2 Habeas Corpus n.º 323.998/6, Tacrim-SP, 11ª Câ., v. un., Rel. Ricardo Dip, Julgado em 29.6.1998.

A Convenção Americana de Direitos Humanos confere a toda pessoa personalidade jurídica, ao passo que assim considera todo ser humano, consoante intelecção dos seus artigos 2º e 3º, abaixo transcritos:

Deste modo, o Pacto de San José da Costa Rica torna inaplicável qualquer dispositivo que intente furtar a personalidade do nascituro ou que lhe arrebathe os direitos concernentes à sua condição de ser humano, vivo e sujeito de direitos, o que permite questionar sobre a compatibilidade do artigo 128, II, do Código Penal com a constituição vigente, e ainda, com as normas de direitos humanos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), em seus arts. 4º e 7º, também assegura direitos ao nascituro, num encadeamento lógico do que já previa o direito fundamental à vida, constitucionalmente assegurado.

A expressão inserta no art. 7º, da Lei 8.069/90, "políticas sociais públicas que permitam o nascimento" consolidam o entendimento referendado. E ainda, com essa confirmação da ótica de ser o concebido sujeito de direitos, afirma-se, igualmente, a proteção elencada no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴.

Percebe-se, deste modo, incontestável a proteção que se faz à criança e ao adolescente que, invariavelmente, para atingirem este patamar, passaram, como todos, pela fase gestacional.

Não obstante, os adeptos à provocação do aborto empenham-se em modificar a repugnância que a expressão "aborto" provoca na consciência popular, por termos menos impactantes, tais como "interrupção da gravidez, "antecipação terapêutica do parto", dentre outros (MARTINS; MARTINS, MARTINS FILHO, 2008).

3 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

4 Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, **assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades**, a fim de lhes facultar o **desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.** (grifamos)

Fala-se aberta e insistentemente em estatísticas assombrosas de abortamentos clandestinos efetuados no Brasil, sendo que inexistente qualquer dado oficial. Ademais, por serem números fictícios, carecem de toda e qualquer credibilidade científica, pois, caso fossem os números oficiais, todos os abortamentos ensejariam processos criminais (MARTINS; MARTINS; MARTINS FILHO, 2008).

Contudo, o direito da mulher deveria ser não apenas consentir em fazer extirpar o ser criado na situação inoportuna e dolorosa, mas cobrar o amparo para a manutenção de sua integridade física e psicológica, bem como a persecução ao real violentador, no escopo de buscar reparar e manter a dignidade da vítima do estupro e do bebê aí concebido.

É válido ressaltar que a defesa da vida intrauterina não é um assunto afeto pura e simplesmente ao campo religioso, ainda que tenha uma dimensão religiosa não se restringe ao espaço da fé. Restringir o debate acerca do aborto apenas ao universo da religião demonstra ser um estratagem para desqualificar aqueles que defendem a vida, pois embrião e feto são pessoas, seja do ponto de vista da Filosofia ou da Ciência (DI FRANCO, 2009).

Sobre o assunto, Carlos Alberto Di Franco (2009) contribui com as seguintes ponderações:

Aprovar a autorização legal para abortar - como bem comentam os filósofos Robert P. George e Christopher Tollefsen, em seu livro *Embryo: A Defense of Human Life* (Doubleday, 2008) - é dar licença para matar uma certa classe de seres humanos como meio de beneficiar outros. Defender os direitos de um feto é a mesma coisa que defender uma pessoa contra uma injusta discriminação, a discriminação dos que pensam que existem alguns seres humanos que devem ser sacrificados por um bem maior. Aí está exatamente o cerne da questão, que nada tem que ver com princípios religiosos nem com a eventual crença na existência da alma.

A questão religiosa serve como mero pano de fundo para que movimentos favoráveis ao aborto intentem escamotear a interpretação das proteções favorecidas pela ordem constitucional vigente e, em especial, os direitos humanos (que também tocam aos nascituros). Haja vista que, se os nossos ilustres parlamentares estivessem tão preocupados

em seguir suas convicções religiosas e agir conforme estas ditam, o Congresso (e o Brasil como um todo) provavelmente, estaria em situação deveras mais positiva.

Sobre a laicidade do Estado, o fato de este ser laico não redundaria dizer ser inimigo da religião. Etimologicamente, o vocábulo laico (ou leigo) deriva do grego *laikós*, que significa o que se refere ao povo (*laós*), sendo que o termo *laikós* não designa algo não religioso ou contrário à fé, mas diferencia somente os que não exercitam o ministério religioso, como vocação (CAPEZ, 2009).

Consoante as explanações do filósofo francês Michel Villey (*apud* Fernando Capez, 2009), há uma tendência lamentável nos sistemas jurídicos contemporâneos em gravar um antagonismo entre a laicidade e a religião, corrompendo aquela em puro laicismo, em que se despreza por completo a fé, como se fosse algo pernicioso ao bom senso, à lógica, à coerência.

Um Estado laico não significa ser um Estado Ateu, este Estado protege a liberdade de crença e de consciência de seus cidadãos, o que permite a coexistência de vários credos (MARTINS, 2007), e ainda, permite a coexistência com ausência destes.

Desta maneira, a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos e até mesmo de ateus, são expressões da multifacetada sociedade brasileira. Sendo que, um Estado que seja indiferente à religiosidade de seus cidadãos, na realidade reveste-se de características pagãs e ateístas que também são contrárias à democracia; pois esta nasce e desenvolve-se por intermédio da pluralidade de opiniões e ideias, não da inexistência destas.

É direito e garantia fundamental a livre expressão do pensamento, inclusive para a adequada formação das políticas públicas. Pretender calar os vários segmentos religiosos do país não é apenas antidemocrático e inconstitucional, mas traduz comportamento revestido de profunda intolerância e prejudica gravemente a saudável convivência harmônica do todo social brasileiro. (MARTINS, 2007)

Não se deve tolerar o despontar de um “confessionalismo laico”, de uma “Ditadura do Laicismo”, que não aceita qualquer argumento “embasado” na religião, ainda que este tenha todo o respaldo da ética, da moral e, acima de tudo, do Direito.

Ao aceitarmos a existência de direitos humanos fundamentais, abalizados na natureza humana, prioritariamente, estarão sobrepostos os direitos mais essenciais sobre

os mais supérfluos. Consequentemente, o direito à vida, como condição e alicerce para todos os direitos, denota-se imprescindível seu império diante de conflito que porventura ocorra entre outros direitos (MARTINS FILHO, 2007).

Não resta, portanto, quaisquer dúvidas de que a vida merece a tutela constitucional a que foi elevada, devendo, portanto, receber o tratamento protetivo que lhe fora concedido, desde o momento que surgir no organismo materno.

1.2 Direito a não ser torturado, à integridade física e ao próprio corpo e a vedação à pena de morte e/ou cruel

Estes direitos, consubstanciados constitucionalmente, mediante a conjugação dos artigos 1º, III, 5º, *caput* e incisos III e XLIX, e 199, §4º, todos da Constituição Federal, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade e à integridade física, além do direito ao próprio corpo.

Observa José Afonso da Silva (2001) que

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias da nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto e do suicídio. Ninguém tem o direito de dispor da própria vida e, até o presente, o feto é considerado como ser humano. o direito à vida é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.

A agressão ao corpo humano, consequentemente, é uma agressão à vida em si, pois a realização desta se dá naquele, o que justifica ser a integridade físico-corporal um direito fundamental do indivíduo, um bem essencial. Fato que explica também a punição da lesão corporal como crime na legislação penal (SILVA, 2003).

Entretanto, é válido ressaltar que, de qualquer modo, prima-se pelo valor "vida", pois, o art. 15, do Código Civil (CC), dispõe não se obrigar ninguém a submeter-se a qualquer tratamento que lhe ofereça risco de morte. Enquanto o artigo 13 do CC dispõe ser vedada a disposição do próprio corpo que importe em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo exigência médica.

Desta forma, se o ordenamento jurídico protege o ser humano contra perniciosas ingerências próprias, não resta o que questionar acerca da proteção contra intervenções nocivas de terceiros contra si próprio.

São pertinentes as considerações de Jacques Robert (*apud* José Afonso da Silva, 2003) a respeito do tema, quando dispõe que

o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. **Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem** e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano. (p. 198)

Nas raríssimas salvaguardas legais, permissivas à mitigação do direito à integridade física, não se percebe haver qualquer disposição que torne lícita a subtração do corpo do ser humano, em prejuízo à sua vida. De modo que o ser já concebido tem também direito à sua integridade física, à intimidade e ao próprio corpo.

Se vejo o meu direito à intimidade violado em casa porque o vizinho, por exemplo, passa a noite a tocar bateria e a perturbar o meu sono, posso pensar em medidas a serem tomadas para protegê-lo, mas o que não posso é pensar em resolver o assunto de modo criminoso, liquidando o baterista com dois tiros na cabeça. Esta é a solução que alguns propugnam. (MARTINS; MARTINS; MARTINS FILHO, 2008)

Na gravidez, há o direito à liberdade ao próprio corpo da gestante em confronto com o mesmo direito ao nascituro, acrescentando-se ainda a este último o direito à vida e à existência.

Incontestavelmente, a mulher tem o direito sobre seu próprio corpo, porém, a partir da concepção, o corpo feminino atende a outra vida, que não somente a sua, qual seja, a do concebido, admitindo-se a prevalência do direito ao corpo deste, pois o legislador garante os direitos do nascituro por acompanhar a máxima da preservação da espécie (XAVIER, 2009) e por se tratar de um ser humano em formação, com a necessidade da proteção da sociedade e do Estado.

Entretanto, em caso de risco de morte para a gestante, resultante de seu estado gravídico, haveria de falar em mitigação da sua própria existência. O que, em razão do

estado de necessidade presente, que coloca em confronto o mais fundamental dos direitos, legitimaria, sem dúvidas, o abortamento, e somente neste caso.

De tal modo, depreende-se que a liberdade ao próprio corpo não é argumento isoladamente suficiente para convalidar qualquer interpretação suscetível a legitimar delitos contra a vida, sequer contra a [inocente] vida intrauterina.

E ainda, como bem expõe Roberto Vidal da Silva Martins (2008) um conceito equivocado de liberdade, que sobreleva de modo absoluto o indivíduo, acaba por consolidar a “liberdade dos ‘mais fortes’ contra os ‘mais fracos’”, a qual é completamente contrária à ordem constitucional em vigor.

Pode-se questionar que a relação sexual levada a cabo não foi querida pela mulher, a qual sofreu violação do seu direito à liberdade sexual. Entretanto, a violação a um direito não pode ser sustentáculo para a supressão do direito de outro terceiro inocente, cujo resultado é de todo irreversível.

Como uma consequência coerente, a vedação à tortura também se insere no direito à integridade física, o inciso III do art. 5º, da Constituição Federal, é enfático, não deixando qualquer margem a dúvidas, ao dispor que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Conceitua-se tortura (ou suplício) como sendo “a inflição de tormentos, judiaria, exasperação do sofrimento de outrem, por atos de crueldade, o que constitui crime, quer seja praticado por particular, quer por agente do poder público” (SOARES, 2003).

A tortura é algo além de uma violação ao direito à vida, podendo ser considerada uma crueldade que atinge a pessoa na totalidade de suas dimensões, e, por conseguinte, atingirá a humanidade como um todo (SILVA, 2003), motivo pelo qual deverá ser repudiada.

Norberto Bobbio (1992) entende que este valor absoluto é dado a poucos direitos inerentes ao homem, válidos em todas as situações, para todos os homens, sem distinção. Sendo que o direito a não ser torturado e o direito a não ser escravizado seriam considerados absolutos, pois gozam de proteção universal.

Assim sendo, o direito de não ser torturado não guarda mitigações no que tange à pessoa humana, cuja proteção deverá receber desde o instante que a vida se manifestar.

Ocorre que as manobras abortivas ensejam sofrimentos ao feto, além de, conseqüentemente, também sofrer a genitora, que se encontra, literalmente, ligada ao mesmo.

Negar o fato de que se inflige dor ao nascituro é ignorar a realidade de que o aborto é uma sentença de morte com caracteres de crueldade, haja vista a utilização de métodos desumanos e excruciantes, como qualquer pessoa que os viesse a sofrer poderia assim testemunhar.

Dentre os diversos métodos de tortura utilizados para a realização do abortamento, ressaltamos a dilatação e a curetagem⁵, o envenenamento salino ou amniocentese⁶, por sucção⁷, a histerectomia (utilizada para abortos nos último trimestre da gravidez e consiste em uma cesariana às avessas, em que o feto é deixado para morrer, após a retirada do útero) dentre outros (SOUSA, 2010).

Como não considerar o esquarteramento, as queimaduras, o envenenamento efetuado no abortamento como métodos de tortura? E como permiti-los? São perguntas que se faz na tentativa de entender a pérfida lógica daqueles que defendem a possibilidade de utilização destes métodos na morte de um ser humano, mesmo que em estado gestacional.

Ainda que se admitisse esta estapafúrdia situação, não se pode, logicamente, conceber que o nascituro recebesse pena sem crime, menos ainda, sem lei anterior que

5 "O bebê é desmembrado, e os pedaços são retirados um por um. Em muitos casos, o aborteiro corta um ou mais dos membros do corpo e espera que ele sangre até morrer. Os bebês maiores necessitam ter suas cabeças esmagadas para que os pedaços possam passar pelo colo do útero." (SOUSA, 2010).

6 Este método, utilizado após a 16ª semana, consiste na inserção de uma agulha comprida através da parede abdominal da mãe até ao saco amniótico. A solução salina concentrada é então injectada no fluido amniótico, e o líquido contendo a toxina mortal vai sendo ingerida lentamente pelo feto, envenenando-o e queimando-lhe a pele e os pulmões. O mecanismo de morte induzido por este agente químico tóxico é a hipernatremia [aumento de concentração de sódio no sangue, ultrapassando os limites normais] que causa espasmos, vasodilatação generalizada, edema [inchaço causado pela acumulação anormal de fluidos nos tecidos, especialmente nos tecidos subcutâneo e submucoso], congestão, hemorragia, choque, e por fim a morte. Este processo prolonga-se por algumas horas. (Aborto na aldeia, 2010)

7 Neste tipo de aborto é feito no primeiro trimestre da gravidez introduzido na vagina até chegar ao útero da mulher um tubo de plástico com uma lâmina na ponta. Com esta lâmina é cortado todo o corpo do feto e arrancada de dentro do útero por uma sucção superior a 30 vezes mais do que o do aspirador de pó. É um dos tipos de abortos mais praticados nas clínicas. Todo o corpo do bebê é dilacerado, e retirado pedaço por pedaço, a última parte do bebê que é retirada é a cabeça por ser a parte maior e logo em seguida a placenta, sendo tudo jogado na lixeira. Neste tipo de aborto é muito comum a perfuração do colo do útero e hemorragias. (SOUSA, 2010)

definisse eventual delito cometido (art. 5º, XXXIX, CF), e mais a privação de direitos sem o processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF).

O início da vida não encontra consenso sequer no meio científico, porém, para a preservação integral deste direito, devemos conceder o benefício da dúvida ao ser em gestação, ou seja, *in dubio pro vita*, pois, se nosso ordenamento jurídico não pune, caso não haja certeza da culpa do réu (*in dubio pro reu*), como poderá condenar à morte o ser humano inocente (NORBIM, 2006), em virtude do local em que se encontra, ou do modo como fora concebido?

Portanto, o abaloamento do corpo, da vida, do próprio ser humano em si, transgredir variados direitos do conceito, sem qualquer justificativa que equivalha ao sofrimento e à avaria, esta sim, irreparável, suportada pelo bebê.

2 DEVER DE ASSISTÊNCIA À GESTANTE VIOLENTADA

Depois de sofrida a violência que obrigou a mulher a manter relações sexuais, a solução simplista do Estado é de que se expurgue do corpo feminino a “lembrança” do momento constrangedor, como se o simples extirpar do ser gerado em decorrência do estupro devolvesse à mulher as condições físicas e psicológicas que detinha antes da agressão.

Roberto Vidal da Silva Martins (2008) traz dados relevantes que indicam a impropriedade do meio abortivo para sanar a dor moral suportada pela mulher estuprada.

A psicóloga Mary Simon da Clínica Ginecológica de Wurdzburg (Alemanha) publicou um trabalho relatando a contradição entre o fato de as legislações permitirem o aborto no caso em que a gestante está num profundo estado de angústia sem considerar a **angústia que vem depois do aborto**. Esta é a **verdadeira angústia**. Há pelo menos três fenômenos psíquicos que costumam ocorrer depois do aborto: sentimentos de remorso e culpa em 60% das mulheres, depressões e oscilações de ânimo em 40% delas e choro imotivado, medos e pesadelos em 35%. A maioria dos sentimentos de culpa não decorre de crenças religiosas.

É mais fácil tirar uma criança do útero da mãe do que fazê-la desaparecer do seu pensamento depois de praticar um aborto e que

muitas mulheres sentem-se enganadas por médicos, por não lhes ter alertado sobre as seqüelas decorrentes desta opção. A psicóloga ainda fala também das cólicas abdominais, das dores de cabeça, vertigens e tonturas que se seguem a uma prática que vai contra a natureza humana. (grifamos)

Independente da justificativa dada à mulher para silenciar a consciência de quem aborta

“É uma questão de saúde pública..., nenhuma mulher faz aborto porque quer..., nenhuma mulher engravida pelo prazer de abortar, ou então temos que acabar com a hipocrisia, pois a rica faz em condições excelentes e a pobre em condições pavorosas...” não adianta. O “day after” de angústias e outras seqüelas descritas acima, que duram muito mais de vinte e quatro horas, é o mesmo para a rica e para a pobre, para a religiosa e para a agnóstica, para a loira dos países nórdicos e para a morena de Ruanda ou do Burundi. (MARTINS; MARTINS; MARTINS FILHO, 2008, p. 25)

Diante disso, a nova ofensiva à mulher com as manobras abortivas agravará notadamente os traumas psíquicos e físicos sofridos, razão pela qual o abortamento em gravidez resultante de estupro deve ser abandonado, ocupando-se o Estado de alternativas mais coerentes, eficientes, constitucionais e humanitárias.

Posto que a utilização do aborto, como um “direito” da mulher violentada é tão inverídico quanto a ideia de que este fato possa libertá-la de constrangimento. Reitere-se, a gestante passará por nova violência, ao ver seu ventre tornar-se o sepulcro de um ser tão inocente no ato violento quanto ela própria.

Deve ainda a gestante violentada proteger-se e pleitear eventual ressarcimento à sua moral, se constrangida por pessoas mesquinhas e preconceituosas, que porventura possam portar-se de dedo em riste, embevecidos de sua própria ignorância.

E é nesse sentido que o Estado deverá proteger às pessoas vitimadas pela violência sexual!

Não é também razoável “premiar” a conduta abjeta do homem com a morte do ser humano gerado por ele. Pois, o conceito é ainda credor de alimentos desde o advento da lei de alimentos gravídicos (lei n.º 11.804/08, em vigor desde 6 de novembro de 2008), à

gestante cabe demonstrar tão-só a existência de indícios de paternidade, para que o juiz fixe os alimentos, que perdurarão até o nascimento da criança (LOMEU, 2008).

Quanto a estes alimentos gravídicos, acrescenta Leandro Soares Lomeu (2008) que

compreendem-se aqueles devidos ao nascituro, mas percebidos pela gestante ao longo da gravidez. Em outras palavras: constituem-se valores suficientes para cobrir despesas inerentes ao período de gravidez e dela decorrentes, da concepção ao parto, como alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e outras prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a critério médico, ou que o magistrado considere pertinentes. O rol, portanto, não é exaustivo.

Vale dizer que, no caso de incesto, a obrigação alimentar deverá ser suportada pelo Estado, pois, caso contrário, a gestante violentada, novamente, arcaria com as consequências do ato bárbaro.

É válido ressaltar que o auxílio não causa qualquer empecilho à persecução penal do criminoso, pelo contrário, posto que provocará, inclusive, estímulo ao Estado para punir o infrator, haja vista que o auxílio financeiro é pago até o momento em que venha a ser identificado e responsabilizado o genitor (o estuprador) ou que a criança seja adotada por terceiros. E ainda, identificado o responsável pelo estupro, ele, além de responder criminalmente, deverá pagar pensão ao filho por período a ser determinado.

A referente medida consolida uma imensidade de direitos individuais e fundamentais, dotada de senso de justiça concomitante à noção de humanidade, donde se extraem conclusões razoáveis e menos perniciosas à mulher vítima da violência sexual e ao nascituro.

Dentre as alternativas disponíveis para acolher a gestante cuja gravidez resultou de violência, não podemos, portanto, cogitar no abortamento como única solução, haja vista as consequências nefastas, não somente para o concepto, mas, também, para sua genitora, a qual, além de suportar os inevitáveis impactos no seu corpo e psique, poderá ser acometida da chamada "Síndrome Pós-Aborto".

A referida síndrome foi caracterizada depois de terapeutas observarem pavores irracionais e depressões ligadas às experiências de abortamento. Tendo o Dr. Vincent Rue comparado-a com a Desordem Ansiosa Pós-Traumática (DAPT), que acometeu soldados veteranos da Guerra do Vietnã, decorridos anos da guerra. (FRANZ, 1987).

A referida síndrome fora, inclusive, ressaltada por Sigmund Freud, quando salienta que “Fica-se também estupefato com os resultados inesperados que se podem seguir a um aborto artificial, à morte de um filho não nascido, decidido sem remorso e sem hesitação”⁸.

Uma publicação científica da *British Journal of Psychiatry*, veiculada pelo site da BBC Brasil em 01º de dezembro de 2008, relatou que as mulheres que se submetem a abortos têm 30% mais chances de terem problemas mentais, que aquelas que jamais se submeteram a isso. Sendo que, dentre os problemas mentais verificados em mulheres, cerca de 1,5% a 5,5% estariam relacionados ao abortamento, e ainda não se constatou que outros problemas relativos à gravidez possam provocar o aumento perceptível de problemas mentais⁹.

Em outra reportagem publicada na *The New York Times Magazine*¹⁰, publicada em 23 de janeiro de 2007 no site “Terra”, ressalta que

Os especialistas dizem que o estresse causado pelos riscos psicológicos do aborto não é maior do que o causado por ter um filho indesejado. Um estudo com 13 mil mulheres conduzido no Reino Unido durante 11 anos comparou pacientes que optaram por abortos a mulheres que preferiram ter um filho, levando em conta antecedentes psicológicos, idade, status matrimonial e nível de educação. Em 1995, os pesquisadores publicaram os resultados: o nível de distúrbios psicológicos era semelhante em ambos os grupos.

Wanda Franz (1987), doutora pela Universidade de West Virgínia em Recursos Familiares, faz ainda importante explanação sobre como o aborto vitima a mulher, vejamos:

⁸ FREUD, Sigmund. Além do princípio de prazer (1920). In: Edição Standard das Obras Completas de Sigmund Freud. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Ed Imago, 1976.

⁹ Disponível em:

<http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/12/printable/081201_abortossaudementalrw.shtml>

¹⁰ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/revistas/interna/0,,OI1364421-EI8248,00.html>>

De que maneira são as mulheres vitimadas pelo aborto? Primeiro que tudo, nós sabemos que a maioria das mulheres que se submeteram a abortos teriam preferido outra solução para o problema. Elas são claramente vítimas de uma decisão tomada por outros. Contudo, muitas mulheres realmente escolhem o aborto. Podem elas ser consideradas vítimas? Os dados sobre a síndrome pós-aborto indicam que a culpa e a dor inerentes ao aborto em si mesmo vitimam a mulher. Como uma mulher, membro do WEBA disse: "**Uma vez que uma mulher se torna mãe, ela será sempre mãe, tenha ou não nascido o seu filho. O filho morto fará parte da sua vida por mais longa que ela seja.**" O aborto não é definitivamente uma "solução fácil" de um grave problema, mas um ato agressivo que terá repercussões contínuas na vida da mulher. É nesse sentido que ela é vítima do seu próprio aborto e temos obrigação para com todas as mulheres de lhes dizer esta verdade. (com grifos no original)

E ainda, aduz que ao investigar-se de maneira mais sistemática, percebe-se que as reações perniciosas ao aborto ocorrem tardiamente, o que torna mais difícil delimitar, avaliar e caracterizar o problema. (FRANZ, 1987).

Neste sentido, noticiou-se o caso de uma enfermeira de vinte e oito anos, na Inglaterra, que processou um hospital por não ter sido veementemente informada sobre os traumas psicológicos resultantes do abortamento que fizera quatro anos antes (MARTINS; MARTINS; MARTINS FILHO, 2008)¹¹.

Há total incongruência, portanto, pensar que o aborto em gravidez resultante de estupro seja um mal menor para a mulher do que consentir que a gestação se encerre com a sobrevivência do feto. Contudo, não se publicam com tamanha visibilidade os dados concernentes a este fato, quando muitos e muitas afirmam serem a favor do aborto, sem qualquer conhecimento sobre o caso, apenas guiando-se por argumentos mais simplistas e sedutores.

A saúde da mulher não pode ser simplesmente execrada, vitimando-a física e psicologicamente ainda mais com a morte do ser humano conceito, provisoriamente aconchegado no ventre, tão inocente quanto ela mesma na situação que engendrara a

¹¹ "The British Medical Journal", 22 jun. 2002, citado em "Interprensa", Agosto, 2002.

gravidez. Deve-se também elucidar os resultados sombrios e perniciosos decorrentes do aborto para a mulher, acima de tudo, mas também para toda a sociedade.

Há ainda de fazer prevalecer aquilo que o art. 196, da Constituição Federal prevê, qual seja, a garantia da saúde por intermédio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, além de ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Dito isso, passaremos a explicar com maior ênfase a impossibilidade de o aborto sentimental, também denominado ético ou humanitário, haver sido recepcionado por nossa atual ordem constitucional.

3 A INCOERÊNCIA DO ABORTAMENTO SENTIMENTAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988¹²

É cediço não ser dado ao homem fazer tudo aquilo que lhe for querido, ou seja, as atitudes humanas encontram limites impostos pelas leis, pela jurisprudência, pelos costumes, pela ética, enfim, pela própria convivência em sociedade, havendo sanções para sua extrapolação, ou não, conforme a licitude e tolerância da conduta.

Entretanto, ao tentar-se proteger um bem jurídico deve-se cuidar para não acabar por ferir outro de relevância primordial, qual seja, a vida humana.

Vale ressaltar também que o assassinio da criança no organismo materno, torna-se ainda mais uma recompensa ao violentador, que invadiu a liberdade sexual da mãe do conceito. Haja vista não ter este qualquer responsabilidade sobre o ser que acabou por também originar; enquanto que, filhos provenientes de relacionamentos ordinários, são obrigatoriamente assistidos por seus pais biológicos, quer estes queiram ou não, na medida de suas posses.

Digladiam aqueles que consideram ter havido a recepção do referido art. 128, inciso II do Código Penal e aqueles que rechaçam este fato com a mesma veemência. Frederico Marques (*apud* Eduardo Luiz Santos Cabette, 2009), alicerçado na argumentação de Leonídio Ribeiro, não acata a permissão do aborto sentimental, demonstrando-o como uma verdadeira injúria à dignidade da vida humana intrauterina, a qual não poderia ser mitigada em razão de fatores psicológicos da gestante e/ou em virtude da origem da gravidez, ligada à conduta criminosa do estuprador, fatores que em nada devem interferir na proeminência da proteção a ser conferida à vida humana inocente.

¹² Diante das considerações já efetuadas em capítulos pretéritos, neste nos ocuparemos em abordar aquilo que não fora ainda comentado ou que somente fora analisado de maneira superficial.

Mirabette (1997) entende que o legislador intentou impedir que a mulher fosse obrigada a cuidar de rebento resultante de coito violento, indesejado, além de evitar também uma criança com personalidade degenerada, em razão da herança genética do genitor, razões estas que justificariam a relativização do direito à vida no referido caso.

Data máxima vênia, matar um ser humano para que não tenha uma personalidade degenerada, em virtude de seu pai deter atitudes reprováveis não consegue sustentação coerente por qualquer linha de pensamento.

Como se pode afirmar que determinada pessoa terá ou não desvio de comportamento se o pai o detiver? Acaso, filhos de gênios são sempre gênios? Filhos de loucos são sempre loucos? Filhos de ricos não cometem crimes? Não matam, inclusive, seus próprios pais? Acaso, não estaria o desvio de comportamento, o desvio de conduta, senão na falha da educação empreendida, na condução desatenciosa do desenvolvimento da personalidade da criança, qualquer que seja a origem de sua concepção?

São questionamentos cujo respaldo não se encontra na Constituição, nos Pactos, Convenções e Acordos sobre Direitos Humanos, mas respaldadas em pontos de vista míopes, embevecidos de si próprios, ébrios de pernicioso egoísmo e vaidade, em que não se admite qualquer incômodo no proclamado “bem-estar”, muitas vezes pelas pessoas adotado, sem sequer ser-lhes de todo aprazível ou aceitável.

Imperativo, portanto, repelir-se do ordenamento jurídico qualquer afronta aos princípios ordenadores do sistema Constitucional em vigor. Haja vista, o golpe funesto aos direitos humanos, ao Código Civil, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

Há ainda de se sobrelevar que a mulher, com a recente lei n.º 12.015/09, também poderá ser sujeito ativo do crime de estupro, podendo o homem também figurar como vítima no referido delito.

Os estudos acerca desta nova possibilidade inserta no Código Penal ainda são incipientes. Eduardo Luiz Santos Cabette (2009), entretanto, já defende não ser possível o abortamento em gravidez resultante de estupro caso a mulher seja a agente do crime, ainda que advenham questões afetivas ou emocionais ao pai, as quais podem ser resolvidas por outros meios. E aduz ainda que

Inclusive sob o prisma ético não seria jamais compreensível que se admitisse ceder a tutela da vida humana intrauterina em prol do simples desejo da criminosa que violou a dignidade e a liberdade sexual de outrem e agora pretende violar também a vida humana

para satisfazer seu capricho de não arcar com o ônus de zelar pela futura criança. (CABETTE, 2009, p. 07)

Todavia, frise-se, qualquer que seja o tipo ou modalidade do ato ensejador da gravidez não há como olvidar a existência da vida iniciada, bem como, os direitos que esta também detém. De maneira que, qualquer que seja a situação, a mulher estuprada ou estupradora deverá ter um acompanhamento psicológico próximo e contínuo, até a finalização da gestação, quando se decidirá pela criação ou não do “filho do estupro”.

Interessante explanação faz Luiz Carlos Lodi da Cruz (2009) ao defender a possibilidade de impetrar-se Habeas Corpus em favor de nascituro que esteja sob ameaça de ter ceifada sua vida, havendo apenas a necessidade de referir-se à personalidade do mesmo, de acordo com previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Depreende-se, assim, a proteção fornecida ao nascituro da Carta Constitucional e de todo o ordenamento concernente aos direitos humanos por este fato puro e simples, qual seja, tratar-se de ser da espécie humana.

CONCLUSÃO

A cada dia, a cada passo, vemos surgir em todo o espaço pequenas migalhas de solidariedade e afeto. A deusa Têmis em cujas mãos leva a balança pela proporcionalidade e a espada pela justiça, cega, não se deixa pender por aspectos menos importantes e nobres.

Na busca do equilíbrio entre as diferenças humanas, pautado, ainda que soe desbaratado, pelas suas semelhanças, sejam orgânicas e/ou mentais, eis que surge e se consolidam os direitos fundamentais, incrustados em nossa Carta Magna.

Estes, concernentes a cada ser que integre a majestática espécie *homo sapiens*, donde se percebe ser verídica a afirmação de que os referidos seres passam a existir quando se lhes dispara o processo de singularização de sua própria vida, de seus próprios genes, de seus próprios direitos.

Desta maneira, a Constituição Federal de 1988 consolidou a inviolabilidade do direito à vida em seu texto, de maneira explícita, além ainda de pulverizar em diversos de seus dispositivos a proteção a este direito essencial. Proteção esta também conferida pela legislação supra-legal (tratados de direitos humanos) e infra constitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Alimentos Gravídicos, dentre outros).

Como, portanto, conceber a recepção do dispositivo inserto no Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal –, que não se puniria o aborto praticado por médico caso a gravidez seja proveniente de estupro?

Há de se ressaltar que não vivemos regidos por uma lei penal de 80 anos atrás, mas, sim, que somos regidos por leis cujos dispositivos devam guardar compatibilidade com a ordem constitucional em vigor, caso que não se enquadra o artigo 128, II, do Código Penal, ao permitir que se arrebate uma vida humana, caso o início desta vida deu-se em razão de violência.

Denota-se patente a incoerência do referido dispositivo com o que a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos pretendem proteger.

Ademais, a sentença de morte acaba por ser executada sem qualquer oportunidade de defesa à pequena vítima, a qual ainda sofrerá os processos para o fim de sua vida de maneira dolorosa, apesar de não lhe ser possível soltar, sequer, um único grito.

Há, entretanto, medidas menos dolorosas e mais inteligentes para atender à mãe que suportou violência e o filho que daí resulte. Não sendo crível que a morte do ser gerado possa apaziguar a dor moral da mulher ou servir como punição ao criminoso.

Ademais, penas capitais, por denotarem sua ineficácia e crueldade, na reciprocidade rigorosa do crime e da punição, já escasseiam e, em diversos Estados não mais sendo aceitas ou aplicadas.

Deste modo, mãe e bebê devem ser amparados consoante as necessidades que o caso específico necessita, com a persecução criminal justa ao infrator que engendrou as pungentes dores suportadas. De maneira que a mulher violentada retome o curso natural de sua vida, assim como a criança após nascer, sem fazer surgir mais nenhuma violência.

Não há, portanto, como admitir qualquer consonância na aceitação do abortamento sentimental com o ordenamento jurídico pátrio, em especial no que tange à nossa Lei Maior.

Que o convencionalismo frio não derogue as vitórias já alcançadas pela Constituição cidadã e que, dentre todos os outros, se sustente o direito de os filhos desta amada pátria possam nascer!

REFERÊNCIAS

Métodos abortivos. **Aborto na Aldeia**. Disponível em:

<<http://aborto.aaldeia.net/category/metodos-abortivos/page/2/>>. Acesso em 12 jan. 2010.

BALBINO, Rodrigo Pasqua de Oliveira. O aborto "ético" e o direito à vida: aspectos constitucionais e de dogmática penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1327, 18 fev. 2007. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9510>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. **Cultura Brasileira**. Disponível em:

<<http://www.culturabrasil.pro.br/aosmoccos.htm>>. Acesso em 11 jan. 2010.

BARROS, Sarah. PT suspende parlamentares por quebra de ética partidária. **Último Segundo**. 17 set. 2009. Disponível em:

<<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2009/09/17/pt+suspende+parlamentar+por+quebra+de+etica+partidaria+8502919.html>>. Acesso em 12 out. 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 19 jan. 2010.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 dez. 2009.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 dez. 2009.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 dez. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Habeas Corpus Nº 70030581441**, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 19/08/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 457.684-7. Décima Primeira Câmara Cível. Apelante: CIA. de Seguros Minas Brasil e Transmariane Turismo LTDA. Apelado: Ana Maria de Souza e outros. Relator: Maurício Barros. Julgado em 08/06/2005.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível nº 71001157478, Primeira Turma Recursal Cível. Recorrente: Liberty Paulista Seguros S/A. Recorrido: Silvana Kessler e Vianeí Villa. Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 12/04/2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível nº 70004045027**, Décima Segunda Câmara Cível. Apelante: Emerson Sefrin Gaier. Apelado: Marco Antonio Bordin Bastos e Município de Entre Ijuís. Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 28/11/2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2264, 12 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13501>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

CAMARGO, Renata. Comissão de Seguridade aprova “bolsa estupro”. Congresso em Foco. Brasília, ano 7, 26 mai. 2010. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=21&cod_publicacao=33043>. Acesso em 26 mai. 2010.

CAMPOS, Luana Domingues. **Considerações jurídicas acerca do aborto**. 20 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/23298/1/consideraes-juridicas-acerca-do-aborto/pagina1.html>>. Acesso em 03 jan. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. A laicidade do Estado Brasileiro. **Revista Jurídica Consulex**. n.º 304. Brasília: Editora Consulex, 15 set. 2009.

CARDOSO, Leonardo Mendes. Aborto: aspectos médicos versus aspectos jurídicos. **Revista Jurídica Consulex**. n.º 293. Brasília: Editora Consulex, 31 mar. 2009.

CIRELLI, Adriane Albuquerque. 22 jan. 2004. O mito da adoção. **Psicopedagogia on line – Portal da Educação e da Saúde Mental**. Disponível em: <<http://www.psicopedagogia.com.br/opiniao/opiniao.asp?entrID=140>>. Acesso em 13 dez. 2009.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Como defender judicialmente o nascituro. Agora ficou mais fácil defendê-lo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2315, 2 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13776>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

DI FRANCO, Carlos Alberto. PT pune a liberdade de expressão. **O Estadão**. 05 out. 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091005/not_imp445880,0.php>. Acesso em 19 out. 2009.

_____. Brasileiro é contra o aborto. **Portal da Família**. 30 out. 2007. Disponível em:
<<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo604.shtml>>. Acesso em 22 dez. 2009.

DIAS, Gabriela. Adoção no Brasil – Dados mostram a diferença entre a realidade e a idealização. **Alô Bebê**. dez. 2007. Disponível em:
<<http://www.alobebe.com.br/site/revista/reportagem.asp?texto=429>>. Acesso em 21 nov. 2009.

DIAS, Maria Berenice. Obrigação alimentar de tios, sobrinhos e primos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6291>>. Acesso em: 23 out. 2009.

_____. Direito fundamental ao aborto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1641, 29 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10810>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

_____. Alimentos para a vida. **Revista Jurídica Consulex**. n.º 286. Brasília: Editora Consulex, 15 dez. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

EXNER, Tereza Cristina. Aborto decorrente de estupro: uma questão de humanidade. **Correio da Cidadania**. 13 abr. 2009. Disponível em:
<<http://www.correiocidadania.com.br/content/view/3158/56/>>. Acesso em 24 jan. 2010.

FRANCO, Bernardo Mello. Filme reacende polêmica em torno do aborto. **O Globo**. 04 jan. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/01/04/filme-reacende-polemica-em-torno-do-aborto-587883773.asp>>. Acesso em 23 out. 2009.

FRANZ, Wanda. O que é a síndrome pós-aborto? Traduzido do National Right To Life News por Herbert Praxedes. 1987. Disponível em: <www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc69327>. Acesso em: 21 nov. 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. Parto Anônimo. **Revista Jurídica Consulex**. n. 280. Brasília: Editora Consulex, 15 set. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODOY, Sandro Marcos; SILVA, Ariane Ragni Scardazzi. **Análise do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1180/1129>>. Acesso em 07 jan. 2010.

GÓIS, Fábio. Maioria dos parlamentares é contra o aborto. **Congresso em foco**, Brasília, ano 6, 20 out. 2009. Disponível em: < http://congressoemfoco.ig.com.br/noticia.asp?cod_Canal=21&cod_Publicacao=30219> Acesso em: 16 out. 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. Aborto: o legal e o existencial . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4185>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

IBAIXE JÚNIOR, João. Inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana - Reflexões para um conceito no Direito Constitucional. **Jus Brasil**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/60190/inviolabilidade-da-vida-e-dignidade-da-pessoa-humana-reflexoes-para-um-conceito-no-direito-constitucional-joao-ibaixe-junior>>. Acesso em 12 dez. 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anecefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. (ano 2008), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos. **Revista Jurídica Consulex**. n. 285 Brasília: Editora Consulex, 30 nov. 2008

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Estado laico não é estado ateu e pagão . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1488, 29 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10209>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Reflexões em torno do aborto. **Correio Brasiliense**. 30 abr. 2007.

MILITÃO, Eduardo. PT decide dia 17 se expulsa deputados anti aborto. **Congresso em Foco**. 08 set. 2009. Disponível em: <http://congressoemfoco.ig.com.br/noticia.asp?cod_canal=1&cod_publicacao=2964>. Acesso em 13 out. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 2, 12ª edição. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Investigações acerca da constitucionalidade do "aborto sentimental" no direito positivo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.savonitti.pro.br/cursos/doutrina/aborto.asp>>. Acesso em 08 dez. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade Civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

OLIVEIRA, Guizela de Jesus. Estupro antes e depois da lei 12.015/2009. **Juris Way**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3296>. Acesso em 20 dez. 2009.

PEDROSA, Dalmo Vieira. A questão do nascituro perante a lei nº 11.441/07, em especial nos casos de inventário e partilha. **Revista Jurídica Consulex**. n.º 273. Brasília: Editora Consulex, 31 mai. 2008.

PEIXOTO, Fabricia. Aprovação ao presidente Lula chega a 81,7%. **BBC Brasil**. 01 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/blogs/portuguese/br/2010/02/pesquisa-cntsensus.html>>. Acesso em 01 fev. 2010.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **O nascituro no direito romano**. Disponível em: <<http://www.vrbs.org/novapagina/publicacoesnp2-textosemgeral-poletti39.htm>>. Acesso em 19 dez. 2009.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil: (promulgada em 05.10.1988)**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Lejus, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias do STF**. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Brasil, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em 24 nov. 2009.

PEREIRA, Maria José Miranda. **Brasil acima de tudo**. 13 set. 2007. Acesso em 14 fev. 2010. Disponível em: <http://brasilacimadetudo.lpchat.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3064&Itemid=238>

SOUSA, Teresinha Gomes Sales. Aborto voluntário: visão ético, jurídico e religioso. **Universidade Federal do Piauí**. Disponível em: <<http://www.ufpi.br/mesteduc/eventos/iiencontro/GT-5/GT-05-03.htm>>. Acesso em 16 jan. 2010.

VELOSO, Roberto Carvalho. O aborto da estuprada: onde está o cinismo?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2097, 29 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12520>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

XAVIER, Valter. Aborto: direito à vida versus direito à liberdade. **Revista Jurídica Consulex**. n. 293. Brasília: Editora Consulex, 31 mar. 2009.

AFINAL: O DEFENSOR PÚBLICO E O CANDIDATO AO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO PRECISAM (OU NÃO) DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)?

MATHEUS EURICO BORGES CARNEIRO:

Graduação em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione - FACDO (2018), Pós Graduação em Direito Constitucional (2020) e Penal e Processual Penal (2020) pela Faculdade Única de Ipatinga - GM.

RESUMO: Este trabalho tem como proposta o estudo da exigência de inscrição do Defensor Público na OAB para o exercício do cargo. Procurou-se também analisar a situação do candidato ao cargo de Defensor Público que é impedido de ser nomeado caso não tenha inscrição na OAB. A análise destaca a evolução da Defensoria Pública enquanto instituição não apenas no âmbito nacional, mas especialmente no âmbito internacional de proteção dos Direitos Humanos. É reforçada, igualmente, a distinção entre os regimes jurídicos da advocacia privada e da Defensoria Pública. Ao final, busca-se demonstrar a atual contradição existente na jurisprudência, que corretamente dispensa a inscrição na OAB no caso do defensor em exercício, mas de forma errada exige do candidato ao cargo a inscrição para posse no cargo. Questiona-se a razoabilidade e a proporcionalidade da medida que não parece ter sido a melhor escolha até o momento.

Palavras-chave: Defensor Público. OAB. Inscrição. Exigência. Candidato. Desproporcionalidade.

1.DO SURGIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil a gratuidade da justiça e a assistência jurídica gratuita remontam à época das Ordenações Filipinas (também chamado “Código Filipino”) sancionadas em 1595 por Filipe I. Apesar da referida previsão, somente em 1897 foi criado o primeiro órgão público de assistência judiciária no Brasil na cidade do Rio de Janeiro (então Distrito Federal) por meio do Decreto nº 2.457. Por fim, em 1954 foi instituída a primeira e mais antiga Defensoria Pública do País no Estado do Rio de Janeiro.

No âmbito constitucional, a Constituição Federal de 1934 assegurou expressamente a criação de órgão especiais para assistência judiciária aos necessitados, ao prever no CAPÍTULO II que tratava “Dos Direitos e das Garantias Individuais” o seguinte:

“32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”.

Entretanto, somente com a Constituição de 1988 (CF/88) foi criada e consolidada a Defensoria Pública como instituição responsável pela orientação jurídica e defesa dos necessitados, tal como previsto no artigo 134. De lá pra cá a entidade foi ganhando destaque.

2.DA CONSOLIDAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO NACIONAL E REGIONAL

No âmbito nacional é possível destacar as seguintes emendas constitucionais (EC's) que consolidaram a importância e relevância da Defensoria Pública no Brasil: a EC nº 45/2004, que garantiu autonomia das Defensorias Públicas Estaduais (DPEs), além da iniciativa de sua proposta orçamentária; a EC nº 69/2012, que conferiu idêntica autonomia à Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios (DPDFT); a EC nº 74/2013 que atribuiu à Defensoria Pública da União (DPU) as mesmas prerrogativas já concedidas às DPEs e à DPDFT; e, por fim, a EC nº 80/2014, que atribuiu um novo perfil institucional à Defensoria Pública com a criação de uma seção própria na constituição (Seção IV do Capítulo IV – “DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”), aplicação de institutos similares ao da magistratura, instituição de princípios próprios e obrigatoriedade de inclusão de defensores em todas as unidades jurisdicionais com prazo determinado.

Já no âmbito internacional ganha destaque a atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o surgimento da Defensoria Pública Interamericana em 2009 para a proteção de hipossuficientes no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A consolidação ocorreu após a celebração de convênio entre Corte IDH e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), instrumento que foi ampliado em 2013 com a possibilidade de atuação dos defensores públicos interamericanos (DPIs) também na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O primeiro caso de atuação dos DPIs foi “Furlán y Familiares Vs. Argentina”, havendo participação ativa dali em diante em outros casos. Por fim, a própria Corte IDH já proferiu sentenças nos casos “Castillo Petruzzi vs. Peru” (1999), “Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador” (2007) e “Ruano Torres vs. El Salvador” (2015), destacando a necessidade de adequação dos meios de defesa, imputando a responsabilidade de estados por uma Defensoria Pública deficiente e reforçando a autonomia institucional e o direito de o hipossuficiente ser assistido por um defensor patrocinado pelo estado.

O fortalecimento paulatino da Defensoria Pública enquanto instituição reforça a autonomia e independência dos Defensores Públicos. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), ao reconhecer a constitucionalidade do poder de requisição da Defensoria Pública destacou que esta possui desenho institucional mais próximo àquele atribuído ao

Ministério Público. No mesmo caso, afirmou que Defensor Público não é advogado e sua atividade não é ela equiparada à advocacia privada (ADI 6865/PB, ADI 6867/ES, ADI 6870/DF, ADI 6871/CE, ADI 6872/AP, ADI 6873/AM e ADI 6875/RN).

3. DO REGIME JURÍDICO DISTINTO DO ADVOGADO E DO DEFENSOR

Como se verifica, o próprio surgimento da Defensoria Pública se deu de forma distinta ao surgimento da OAB. A guilda profissional teve sua criação prevista em 1843 por meio do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), mas somente foi instituída oficialmente por Getúlio Vargas, por meio do Decreto nº 19.408 de 1930, que criou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ao assim dispor:

“Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá p^os estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.”

Por outro lado, os relatos históricos dão conta de que Defensoria Pública adveio do próprio Ministério Público. Exemplo disso é a Lei nº 5.111/62 (Lei Orgânica do Ministério Público e da Assistência Judiciária) que institui o Ministério Público em dois quadros diferentes, sendo a letra “A” referente ao Ministério Público “propriamente dito” e a letra “B” ligada à assistência judiciária, hoje correspondente à Defensoria Pública. Como se verifica, os defensores faziam parte da carreira inicial do Ministério Público no Rio de Janeiro (então Estado da Guanabara de 1960 a 1975).

Antônio Pessoa Cardoso, em artigo publicado no site Migalhas, relata o descaso do estado para com a Defensoria Pública que há muito já existia:

“Percebe-se então, na origem, a íntima relação entre a Defensoria Pública e o Ministério Público do Rio de Janeiro, mas não se entende o motivo pelo qual o Ministério Público tornou-se o “primo rico” e a Defensoria o “primo” pobre, tendo as duas instituições o mesmo peso para o sustento da democracia.

Nesse sentido, compete à defensoria atuar na defesa dos direitos dos hipossuficientes e à advocacia privada, eventualmente, suprir necessidades em locais nos quais seja precária atuação da instituição – por meio da designação de advogados dativos. Essa questão inclusive já foi enfrentada pelo STF ao concluir pela inconstitucionalidade da lei catarinense que previa o serviço de “assistência jurídica gratuita” como de atuação primordial por parte de advogados dativos e não pela Defensoria Pública (ADI 3892/SC e

ADI 4270/SC). Compreendeu-se que compete à defensoria a atuação primordial na defesa dos hipossuficientes.

Portanto, resta claramente distinto o regime da OAB (aplicado aos advogados em geral) e o regime da Defensoria Pública (aplicado aos Defensores Públicos concursados), sendo possível mencionar as seguintes distinções:

- Existência de regime próprio e estatuto específico (Lei Complementar nº 80 de 1994 – LC 80/94), distinto daquele previsto no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94);
- Submissão às restrições e fiscalizações de órgãos próprios, tais como os conselhos superiores, corregedorias e núcleos próprios da instituição previstos na lei, em regime distinto daquele previsto no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94);
- Necessidade de aprovação em concurso público específico para ingresso no cargo, que não se confunde e tampouco se assemelha ao Exame da OAB;
- Impossibilidade de recebimento de honorários advocatícios por expressa proibição legal (LC 80/94, arts. 46, III, 91, III e 130, III); e
- Dispensa de procuração para atuação com poderes gerais.

4.DA OBRIGAÇÃO (OU NÃO) DE REGISTRO DO DEFENSOR PÚBLICO NA OAB

Existem duas situações distintas a serem analisadas com relação à necessidade de registro na OAB por parte de Defensor Público: a) a necessidade de inscrição na OAB enquanto candidato de concurso público para o cargo de Defensor Público e até a data da nomeação; e b) a necessidade de inscrição na OAB enquanto Defensor Público nomeado, qual seja, após a posse e exercício do cargo.

No que diz respeito à primeira situação, deve ser destacada a existência de previsão legal na LC 90/94 que impõe ao candidato o vínculo com a OAB quando da formalização de sua inscrição ao concurso público para o cargo de Defensor Público da DPU ou da DPDFT:

Art. 26. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga. (...)

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

Art. 71. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense. (...)

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

Com relação à DPEs, entretanto, não foi trazida previsão semelhante. Isso se dá pela compreensão de que os órgãos estaduais possuem autonomia para definir, na respectiva lei estadual, a necessidade ou não de impor esta condição como requisito à posse. É tanto que há defensorias que exigem o requisito apontado – como é o caso da DPE do Estado de Sergipe, como defensorias que não exigem tal condição – como é o caso da DPE do Estado do Rio de Janeiro.

Essa primeira situação, portanto, tem sido considerada constitucional pela jurisprudência do STF.

Entretanto, não deve ser confundida a referida exigência com a necessidade de manutenção da inscrição do Defensor Público na OAB mesmo após ser nomeado no cargo.

Havia divergência sobre o tema, pois a OAB entendia que, como a lei exige a inscrição como requisito para a posse, significaria também a necessidade de manutenção da inscrição na OAB para o efetivo exercício. O fundamento se dava pelo fato de que o Defensor Público exerce essencialmente advocacia, tal como prevê a própria Lei nº 8.906/694 (Estatuto da OAB) no seu art. 3º §1º. As associações de Defensores Públicos, por sua vez, afirmavam que a legitimidade do Defensor Público decorria da própria Constituição, o que dispensava a inscrição na OAB para o exercício das funções. O fundamento base era o art. 4º, §6º da LC 80/94, que prevê que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre única e exclusivamente da sua nomeação e respectiva posse no cargo público.

Tanto o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.710.155/CE quanto o STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.636/DF e do Recurso Extraordinário nº 1.240.999/SP acolheram a segunda tese para afirmar que os Defensores Públicos não precisam permanecer inscritos na OAB para o desempenho das suas funções institucionais.

Os fundamentos para a referida conclusão foram diversos, dentre os quais podem ser destacados: (a) o fato de que o Defensor Público não pode ser considerado advogado, especialmente diante da clara separação entre as funções da Advocacia e da Defensoria Pública; (b) o distinto regime jurídico que há entre a OAB e a Defensoria, já mencionado anteriormente; (c) a ausência de exigência na CF/88 de inscrição na OAB para exercício do cargo de Defensor Público; (d) a proibição expressa de exercício da advocacia por parte do Defensor Público constante no §1º do art. 134 da LC 80/94; (e) para o STJ, o princípio da especialidade afasta a incidência do §1º do art. 3º do Estatuto da OAB em face do Defensor Público, prevalecendo a capacidade postulatória decorrente da nomeação tal como prevista no art. 4º, §6º da LC 80/94; (f) para o STF, é inconstitucional a interpretação de que o §1º do art. 3º do Estatuto da OAB seja aplicado aos Defensores Públicos; (g) a diferença entre a atuação de um advogado particular e a do defensor público, tais como a defesa de interesses pessoais do cliente que por vezes não podem ser atendidos pela defensoria; (h) a atuação impessoal da defensoria, contrária à atuação particularizada do advogado; (i) a escolha discricionária de causas por parte dos advogados privados, o que não ocorre com a atuação defensorial. E é aqui que surge a contradição a ser analisada a seguir.

5.DA RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO E DA CONTRADIÇÃO INJUSTIFICÁVEL

A resposta ao questionamento título deste trabalho, portanto, seria a de que: (a) o candidato ao concurso público para ingresso no cargo de Defensor Público, se exigido em lei, deve estar inscrito na OAB durante o certame e até a posse ou, nos casos de impedimento, pelo menos na data da posse; e (b) realizada a posse e nomeado o candidato, torna-se ele Defensor Público, não necessitando de inscrição da OAB.

A conclusão acima nos conduz à esdrúxula situação em que o candidato deve ser inscrito na OAB para, simplesmente, tomar posse no cargo público de Defensor Público.

O candidato se inscreve no concurso para concorrer ao cargo de Defensor Público. Caso não seja advogado, obviamente não terá inscrição na OAB. Após lograr êxito na aprovação, o candidato é obrigado a se inscrever nos quadros da OAB do respectivo Estado (ou Distrito Federal) para simplesmente tomar posse no cargo que não exige OAB para exercício. Logo após tomar posse, o candidato não terá qualquer obrigação com a OAB, pois, como já dito, o regime jurídico é distinto. Vale dizer: o candidato é obrigado a se inscrever na OAB para, em seguida, desfazer a inscrição. Ele se inscreverá unicamente para ter número na ordem, pagar alguma taxa ou anualidade, assumir o cargo e público e, em seguida, pedir a desfiliação.

Longe de qualquer discussão acerca da concordância ou não com as teses encampadas pela OAB, mas há alguma razoabilidade na situação acima? Qual o sentido de

o candidato filiar-se à OAB unicamente para tomar posse como Defensor Público? Qual a razoabilidade que há em afirmar que o Defensor Público não necessita de inscrição na OAB quando em exercício, mas dela necessita dela para a nomeação e posse no cargo? Eis aí a contradição injustificável que talvez até mesmo a OAB tenha como pertinente e que os tribunais silenciam no julgamento de casos semelhantes.

A fundamentação de alguns tribunais para justificar a referida exigência é a de que "referida disposição tem por escopo apenas a aferição da capacidade técnica dos candidatos", tal como aquela realizada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no Processo nº 0714608-88.2017.8.07.0003 (Segredo de Justiça).

Mas qual a razoabilidade de se comparar, nos dias atuais, a aprovação em um concurso para o cargo de Defensor Público à aprovação na Ordem dos Advogados do Brasil? Ora, se são carreiras distintas e com regimes totalmente diferentes não há qualquer justificativa a fundamentar a alegada "capacidade técnica dos candidatos". Ademais, é consabido que no Exame da OAB o candidato concorre apenas contra si (basta tirar a pontuação mínima na prova para ser aprovado) ao passo que no concurso público para ingresso na defensoria de qualquer estado do Brasil o candidato concorre contra si e contra vários outros qualificados candidatos (necessitando tirar não apenas pontuação mínima, mas também suficiente para ultrapassar os demais candidatos).

Imagine-se o candidato que por um devaneio não faça o Exame da OAB quando da conclusão da graduação, mas dedicando-se aos estudos logre êxito na aprovação para o cargo de Defensor Público. Seria ele obrigado a realizar, desesperadamente, o Exame da OAB unicamente para ser nomeado para o cargo tão sonhado? Unicamente para dizer que "passou na OAB para assumir o cargo de Defensor Público"? Não há qualquer sentido na referida exigência, especialmente pelo fato de que o referido candidato não se submeterá ao regime da advocacia privada, mas ao de verdadeiro servidor público na condição de Defensor Público.

A divergência, portanto, está instaurada, tal como a contradição própria que é da jurisprudência brasileira. Para a superação deste antagonismo bastaria a simples aplicação do brocardo latino "*a maiori, ad minus*" (quem pode mais pode menos). Vale dizer: se o Defensor Público nomeado (que pode mais) não precisa de inscrição OAB para exercer o ofício; qual a necessidade de exigir do candidato a ser nomeado (que pode menos) a obrigação de inscrição na OAB para simplesmente tomar posse? Fica o questionamento.

6.CONCLUSÃO

A Defensoria Pública e o Defensor Público, desde os seus surgimentos enquanto órgão e cargo, pouco tiveram relação com a OAB e o exercício da advocacia privada.

Essa distinção restou fortalecida com o decorrer do tempo e o contínuo fortalecimento da Defensoria Pública, que atualmente possui fisionomia institucional mais próxima àquela do Ministério Público do que da advocacia privada.

O cargo de Defensor Público em muito se difere do exercício da advocacia privada. Esse aspecto pode ser analisado pelo simples fato de que aquele não escolhe causas e tampouco tem direito a honorários advocatícios, de modo que recebe subsídio como forma de atuar com imparcialidade na defesa dos mais necessitados.

Diante disso, a correta conclusão adotada pela jurisprudência nacional é a de que o Defensor Público não precisa de inscrição na OAB para o exercício do cargo. Entretanto, essa mesma jurisprudência autoriza que seja exigido do candidato ao cargo referido a inscrição na OAB, o que fere qualquer lógica ou razoabilidade.

A contradição apontada deve ser sanada pela jurisprudência para que não permaneçam injustiças legais. Vale dizer: para que o candidato qualificado a ser Defensor Público previamente aprovado em concursos de provas e títulos não se submeta ao constrangimento de se inscrever na OAB visando simplesmente virar Defensor Público, e não advogado. Do mesmo modo, para que o candidato qualificado a ser Defensor Público previamente aprovado em concursos de provas e títulos não tenha que se submeter, obrigatoriamente, ao Exame da OAB como requisito à posse no cargo de Defensor Público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1710155/CE, Rel. Min. Herman Benjamin.** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702941686&dt_publicacao=02/08/2018>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3892/SC, ADI 4270/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2822197>>. Acesso em: 19 set. 2022.

_____. **ADI 4346. Rel: Min. Gilmar Mendes.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759916777>>. Acesso em: 19 set. 2022.

_____. **ADI 6852/DF e ADI 6862/PR. Rel: Min. Edson Fachin.** Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942307>>.
Acesso em: 19 set. 2022.

_____. **ADI 6865/PB, ADI 6867/ES, ADI 6870/DF, ADI 6871/CE, ADI 6872/AP, ADI 6873/AM e ADI 6875/RN. Rel: Min. Alexandre de Moraes.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759916777>>. Acesso em: 19 set. 2022.

CARDOSO, Antônio Pessoa. **Descaso: Defensoria pública.** Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/100314/descaso--defensoria-publica>>. Acesso em: 19 set. 2022.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Castillo Petruzzi vs. Peru, 1999.**

_____: **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, 2007.**

_____: **Caso Ruano Torres vs. El Salvador, 2015.**

OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

LUIZA LEMOS FERREIRA:
Advogada. Graduação na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pós-Graduação em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Jesus.

RESUMO: Os princípios contratuais extraídos do Código Civil brasileiro são necessários na regulação das relações privadas, na medida em que representam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos civilistas. Autonomia privada, a boa-fé, a relatividade e obrigatoriedade dos contratos e a função social deixaram de ser vistas como princípios acessórios, presentes de forma difusa nas normas positivadas e dotados de pouca efetividade quando não acompanhados de outra regra. Eles passaram, então, a ter o mesmo valor hierárquico das regras e autonomia suficiente para possuir força normativa por si só, incidindo nas normas civilistas de forma direta. Portanto, fez-se necessário realizar o estudo de cada um desses princípios, sob uma perspectiva civil-constitucional, com o objetivo de verificar como é a relação entre eles. Também será verificado como é realizado o equilíbrio entre os valores existenciais extraídos da função social e boa-fé e os valores da autonomia privada, da obrigatoriedade e relatividade dos contratos.

Palavras-chave: autonomia privada; boa-fé; relatividade; obrigatoriedade dos contratos; função social; princípios contratuais.

ABSTRACT: The contractual principles extracted from the Brazilian Civil Law are necessary to the private relationships regulation, since they represent the fundamental rights' horizontal effectiveness to the civil contracts. The private autonomy, good faith, the relativity, the obligation of contracts and the social function ceased to be seen as secondary principles, seen in a diffused way in prescribed laws and endowed with few effectiveness when not accompanied by another rule. They started, then, to have the same hierarchical value of the rules and enough autonomy to have normative strength by itself, also starting to reflect on the rules in a direct way. Therefore, it is necessary to study each one of these principles in a civil-constitucional perspective, with the aim to verify how does their relationship develops. It will also be verified how is performed the balance of the existential values extracted from the social function and the good faith and the values as the private autonomy, the obligation and relativity principles.

Keywords: private autonomy; good faith; relativity; obligation of contracts; social function; contractual principles.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – AUTONOMIA PRIVADA. 2 – BOA-FÉ. 3 – BOA-FÉ E AUTONOMIA PRIVADA. 4 – O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE E SUA RELATIVIZAÇÃO. 5 – FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. 6 – OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS. 7 – EQUILÍBRIO CONTRATUAL. 8 – CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O advento do Código Civil de 2002 inovou de modo substancial a forma de interpretação de suas normas. O deslocamento da Constituição brasileira para o centro do ordenamento jurídico garantiu que ela irradiasse em todos os dispositivos infraconstitucionais seus princípios e direitos fundamentais, assegurando, como consequência, que a presença da axiologia Constitucional nas normas brasileiras fosse requisito de validade dessas últimas.

Além disso, a forte presença das cláusulas gerais no Código Civil foi fundamental para determinar essa mudança no sentido e aplicação de suas normas. Isto porque as cláusulas gerais se tornaram a porta de entrada para todos os valores constitucionais no âmbito do Direito Civil, principalmente no que se refere à disciplina contratual.

Tais cláusulas, como a autonomia privada, a boa-fé, a relatividade e obrigatoriedade dos contratos e a função social, deixaram de ser vistas como princípios acessórios, presentes de forma difusa nas normas positivadas e dotados de pouca efetividade quando não acompanhados de outra norma-regra. Eles passaram, então, a ter o mesmo valor hierárquico das regras e autonomia suficiente para possuir força normativa por si só, incidindo nas normas civilistas de forma direta.

A autora Judith Martins-Costa indica duas características das cláusulas gerais: flexibilidade e indeterminação¹³. Quanto à indeterminação, está ela relacionada ao conteúdo vago e aberto das cláusulas gerais. Este aspecto foi intencionalmente proposto pelo legislador a fim de que as cláusulas tivessem o seu sentido formado a partir da análise do caso concreto, o que induz ao seu caráter flexível.

A abertura das cláusulas gerais, portanto, reforça a sua flexibilidade, característica que contribui para que elas se amoldem às dinâmicas situações do dia-a-dia. Em outras palavras, a semântica aberta das cláusulas garante sua maior adaptação à realidade das relações jurídicas. Ficam as cláusulas mais dependentes, assim, da argumentação interpretativa do jurista, que será o responsável por concretizar o sentido existente nestas cláusulas, o que ocorre principalmente através da jurisprudência. Elas, por sua vez, não

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito privado como um "sistema em construção"*. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 139, Brasília: Senado, 1998, p. 7-8.

podem ser flexíveis a ponto de se tornarem abstratas, mas também não podem ser tão rígidas pois seu âmbito de atuação seria intensamente limitado.

Faz-se necessário compreender, de maneira igual, a classificação das cláusulas de acordo com suas funções, também realizada pela Judith Martins-Costa¹⁴, que ressalta ter as cláusulas gerais a função de individualização e generalização, ocasionando na abertura externa do sistema.

Através da função individualizadora, analisa-se primeiramente os elementos do caso concreto e constata-se como determinada cláusula geral será nele aplicada. O sentido da cláusula é, de fato, individualizado de acordo com as circunstâncias fáticas. Após, aquele sentido dado ao caso individual é transportado a outras situações equivalentes, ou seja, esse significado formado é generalizado a outros casos, dando espaço, portanto, à atuação da função generalizadora das cláusulas. Essas duas funções, por fim, têm como efeito a integração, que gera a abertura externa do sistema, formando-se uma ponte que integra várias partes do caso concreto ao direito como um todo.¹⁵

Desta forma, a Constitucionalização do Direito Civil afastou do nosso ordenamento jurídico a subsunção como método essencial de conformação das normas à realidade fática. Ao contrário, a ideia de enquadrar apenas o caso concreto à norma vigente tornou-se extremamente obsoleta, vez que a complexidade e as particularidades das situações cotidianas exigem bem mais do que a incidência de normas-regras para apreciá-las. Como bem exposto por Judith Martins-Costa, afasta-se a técnica da casuística, que pressupõe normas dotadas de rigidez, imutabilidade em seu sentido e a previsão de consequências estritamente determinadas. Com relação aos efeitos da técnica da casuística:

“Ora, esta técnica legislativa provoca um efeito imediato no momento da aplicação/interpretação do texto legislativo. É que, em face da *tipificação de condutas* que promove, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance, podendo aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como “subsunção”.¹⁶

¹⁴ Ibidem, p. 10-11.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito privado como um “sistema em construção”*. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 139, Brasília: Senado, 1998, p. 7-8.

¹⁶ Idem.

A flexibilização do sistema jurídico exige um maior esforço hermenêutico do juiz, de modo que ele deixe de ser mero aplicador das normas e atue ativamente na construção do sentido das cláusulas gerais, expondo-se de forma mais densa.

O atual contexto pós-positivista, assim, colocou as normas-princípios no centro do ordenamento jurídico, não só auxiliando as regras nele existentes, como também dando a estas uma abertura semântica que possibilitou ao intérprete dar a justa medida ao caso concreto. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela”¹⁷.

Cabe ressaltar que a leitura do Código Civil sob a ótica constitucional afastou dele seu aspecto essencialmente patrimonialista, adotando-se, através dessa irradiação dos valores constitucionais no âmbito civil, uma tutela do Estado às relações privadas de cunho existencial. Nas relações contratuais, tal mudança foi essencial para desvincular a ideia de Direito Civil como estritamente privado.

Assim, no contexto do vigente Código Civil, as relações entre os particulares - em especial as contratuais - tornaram-se envoltas por cláusulas gerais que deram a elas liberdade, proteção, limitação, deveres a serem cumpridos e direitos a serem respeitados.

1 AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada está intimamente ligada à ideia de liberdade. O seu sentido se moldou e consolidou a partir do momento em que a liberdade entre os contratantes também foi sendo limitada pelo contexto normativo que os rodeava. A autonomia, portanto, apesar de ser princípio antigo existente no ordenamento jurídico, teve seu sentido e alcance alterados com o passar do tempo, passando por três fases que caracterizaram sua transformação.

A primeira delas foi marcada pela ausência de quaisquer normas que limitassem a liberdade das partes que contratavam. O império da autonomia da vontade reinava, bem como o da igualdade formal, já que não havia tutela aos interesses dos mais vulneráveis na relação jurídica e seu conteúdo era puramente patrimonial. A simples convergência da vontade de contratar das partes já era suficiente para a existência de uma relação contratual legítima. A comunicabilidade entre o direito público e privado era praticamente nula, o que dava espaço à liberdade desenfreada de contratar e a consequente perpetuação do individualismo e das desigualdades, já que, segundo a antiga lógica

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

civilista, a vontade de contratar do indivíduo era livre e incondicionada de quaisquer circunstâncias.

A segunda fase, por sua vez, foi marcada por uma mudança quantitativa no âmbito da autonomia da vontade. Isto porque houve a criação de leis que limitavam pontualmente a autonomia, de forma extrínseca. A autonomia passou a ser vista também como um instrumento de opressão, e não puramente de libertação – como antes era considerada. A lógica individualista ainda perpetuava, porém houve uma redução no escopo da liberdade entre os contratantes. Surge então o conceito de autonomia individual, caracterizada pela sua limitação específica, através de leis extravagantes, que criavam uma exceção à regra.

A extensão da liberdade foi alterada, mudando-se o conteúdo da autonomia de forma qualitativa e alterando-se, conseqüentemente, a estrutura da base contratual. A autonomia passou a ser vista como liberdade exercida entre os contratantes dentro do conjunto de normas existentes que regulamentam o convívio entre eles. Tal complexo normativo, assim, admite a liberdade de contratar, já que o núcleo dos negócios jurídicos não é o mesmo sem a autonomia das partes. Entretanto, essa liberdade é por ele limitada, já que a tutela do Estado é essencial para evitar abusos e enriquecimentos ilícitos. Consolida-se o conceito de autonomia privada.

Esta autonomia, como mencionado, é imprescindível para que as partes manifestem sua personalidade dentro de suas relações, evitando-se assim a arbitrariedade estatal e sua intervenção desmedida nas relações interpessoais. Porém, a ideia da ausência total do Estado nas relações privadas de cunho patrimonial é inadmissível, já que a autonomia não representa um fim em si mesmo e a relação à qual ela está vinculada só se justifica se revestida dos valores constitucionalmente garantidos. Além disso, a autonomia entre as partes precisa estar de acordo com os interesses da coletividade e de terceiros, não podendo também ser ela instrumento de submissão, sujeição entre as partes. Neste sentido, é dever do Estado proteger a autonomia e, ao mesmo tempo, proteger aqueles em situação de vulnerabilidade na relação contratual, a fim de garantir a justiça e o equilíbrio nos contratos vigentes.

Como bem destacado por Heloisa Helena Barboza, o negócio jurídico se manifesta através da autonomia privada, mais especificamente através da autonomia negocial, que, em suas palavras:

“Se refere não só a negócios bi ou plurilaterais de conteúdo suscetível de apreciação econômica, como também, e não menos significativa, de negócios unilaterais e de conteúdo não patrimonial, ou seja, que

se refiram à auto-regulamentação de interesses na multiplicidade de seus propósitos.”¹⁸

A autonomia, então, atribui ao negócio jurídico o “nascimento, a modificação ou extinção de relações jurídicas entre particulares”.¹⁹

Certa é a imprescindibilidade da autonomia privada para o desenvolvimento do universo contratual, uma vez que, limitada e moldada pelos valores constitucionais, ela possibilita o indivíduo a manifestar sua vontade de criar, modificar e extinguir relações jurídicas.

2 BOA-FÉ

A boa-fé subdivide-se em boa-fé objetiva e subjetiva, fazendo-se necessário, primeiramente, ressaltar suas diferenças. Em sua vertente subjetiva, a boa-fé está ligada à intenção das partes, ou seja, a um estado psicológico de crença. Como bem exposto por Judith Martins-Costa:

“Diz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a *intenção* do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.”²⁰

A boa-fé objetiva, por sua vez, relaciona-se à análise do comportamento dos sujeitos de uma relação contratual, consistindo em normas de conduta e atuando como fonte direta de deveres entre os contratantes.²¹ A boa-fé objetiva, portanto, encontra respaldo no atual Código Civil, vez que exige das partes atitudes que garantem mútua lealdade e confiança. Assim dispõe o artigo 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

18 BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 412-413.

19 *Ibidem*. p. 410-411.

20 MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito privado como um “sistema em construção”*. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 139, Brasília: Senado, 1998, p. 14.

21 NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In: DE MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O princípio da boa-fé objetiva, a partir do momento em que foi positivado pelo vigente Código Civil, transformou o direito das obrigações de forma qualitativa e substancial. Enquanto princípio geral do direito, a boa-fé incidia de forma difusa sobre as relações patrimoniais interpessoais. À luz do Código Civil de 1916, o direito das obrigações era visto de um modo retrógrado: unidos por um vínculo essencialmente patrimonial, o credor possuía o direito de receber a prestação devida e o devedor, por sua vez, a exclusiva obrigação de satisfazê-la.

Esta visão individual e simplista foi completamente remoldada pela hermenêutica pós-positivista. O ordenamento jurídico atual, com o advento da Constituição de 1988 e principalmente do atual Código Civil, deu ao princípio da boa-fé concretude, fazendo-o incidir em todos os momentos de uma relação contratual, o que inclui o momento anterior e posterior à sua concretização. As relações obrigacionais assumiram uma forma mais dinâmica, pois foram atribuídos direitos e deveres tanto ao credor quanto ao devedor, afastando-se do direito civil a ideia de credor como peça-chave do contrato e de devedor como aquele cuja única função é satisfazer os anseios do credor. Cresceu a necessidade de que as partes atuassem em comunhão, com o intuito de convergirem suas ações à concretização dos interesses de ambas, e não como opositoras. O dever do Estado, através da incidência da boa-fé, passou a ser o de garantir a confiança entre os contratantes e o equilíbrio da relação contratual, evitando atitudes desonestas e protegendo sempre o lado mais fragilizado.

A boa-fé afastou de vez o império da subsunção como o único critério interpretativo, já que ela também assumiu uma função interpretativa no ordenamento. Esta função tem como objetivo moldar o sentido e alcance de tal princípio ao caso concreto através da análise da realidade das relações jurídicas existentes. Deste modo, a cláusula da boa-fé, que é, em sua essência, dotada de certa abertura em seu significado, terá este formulado de acordo com as circunstâncias fáticas em que ela for aplicada. O sentido da boa-fé, então, será cristalizado na medida em que se consolidarem jurisprudências relativas a ela.

A partir da função interpretativa exercida pela boa-fé, superou-se o dogma de legalismo e autonomia da vontade. Isto porque foi ratificada a insuficiência de analisar o caso concreto apenas enquadrando-o ao padrão genérico descrito na norma, bem como foi reforçada a necessidade de verificar os fatos que contextualizam uma dada relação, deixando de ser analisada sua validade apenas pela vontade dos contratantes.

Na medida em que a função interpretativa da boa-fé foi ganhando força no ordenamento, foi-se estabelecendo padrões de conduta essenciais às relações obrigacionais, e as partes, como já dito, deixaram de ter a obrigação de cumprir apenas a

prestação principal, devendo ambas se atentar ao cumprimento de deveres anexos antes, durante e após o adimplemento de uma determinada obrigação.

Desenvolve-se, então, a existência de uma complexa relação obrigacional baseada na cooperação dos contratantes, sendo esta imprescindível para possibilitar a satisfação de ambas as partes. Como bem explicado pela doutrinadora Judith Martins-Costa:

“A cooperação, ligada à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal de prestação: ela requer, em variados graus e infindável tipologia, a observância de outros deveres, secundários, anexos, colaterais ou instrumentais, que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal, ou em cláusula contratual, ou no princípio da boa-fé.”²²

Desta forma, a característica de entender a boa-fé pautando-se em sua concreção permite também o desenvolvimento de uma função integrativa desta cláusula. Tal função faz com que sejam preenchidas as lacunas presentes nas normas a partir dos sentidos de boa-fé formulados. Faz também, conseqüentemente, com que as normas sejam complementadas, o que possibilita um processo de aproximação do Direito com a realidade e consagra a boa-fé como “cânone hermenêutico e integrativo do sistema”.²³

3 BOA FÉ E AUTONOMIA PRIVADA

A promulgação da Constituição de 1988, como já dito, provocou uma mudança qualitativa no princípio da autonomia, que passou a ser limitado pelo conjunto de valores constitucionais. Desta forma, a antiga visão estritamente patrimonial dos contratos deu lugar à busca pela preservação dos valores existenciais da Constituição nos contratos, assegurando-se, assim, uma relação mais justa, pautada na confiança mútua das partes. Neste sentido, Heloisa Helena Barboza conclui que:

“O flagrante desequilíbrio das relações jurídicas instou o legislador e os tribunais a criarem meios de proteger a “parte mais fraca” que, não obstante declaradamente livre, por conseguinte autônoma, com plena capacidade jurídica, e titular de “iguais” direitos, se encontrava subordinada de modo irrisível a outra, por razões socioeconômicas.

²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In: Revista brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 25, 2004, p. 254.

²³ *Ibidem*, p. 233.

Em todos os ramos do direito, e por diferentes meios, buscou-se minorar a desigualdade.”²⁴

Tais valores, no contrato, foram concretizados pela boa-fé, que criou uma série de deveres anexos e comportamentos ao credor e devedor. Esta substancial transformação no direito das obrigações tornou a relação obrigacional mais dinâmica e ao mesmo tempo mais segura, já que ambas as partes passaram a ter o dever de colaborarem entre si e de seguirem determinados padrões de conduta. Em suma, o comportamento das partes relativo ao contrato acordado deixou de ser tutelado pura e exclusivamente pela ideia de liberdade e autonomia contratual.

A autonomia como um fim em si mesmo pode servir como justificativa para relações jurídicas desiguais e abusivas, e, por isso, deve ela ter sua aplicação limitada e moldada pelos *standards* de conduta estabelecidos pela boa-fé, que concretizam um ideal de justiça e não podem ser violados, sob pena de configurarem abuso de direito.

A autonomia e liberdade não constituem, como defendido por alguns argumentos jusnaturalistas, valores inerentes à condição humana e que exigem, portanto, uma atuação negativa do Estado no sentido de não interferir nos atos privados do indivíduo e não adentrar em sua esfera de liberdade tida como “inviolável”. O contrato que sobrepor a autonomia aos demais valores consagrados no nosso ordenamento jurídico não será por ele tutelado, justamente porque dá ensejo ao desequilíbrio entre as partes, bem como a demais situações violadoras da axiologia constitucional.

Assim, com relação à autonomia privada, a boa-fé, ao mesmo tempo que a limitou, também moldou sua aplicação. A atitude das partes quanto ao contrato por elas acordado deixou de ser tutelada puramente pela ideia da liberdade contratual e autonomia, sendo modelada pelos padrões de conduta estabelecidos pela boa-fé. Como já destacado, tais padrões, se violados, podem configurar abuso de direito, o que daria espaço à dominação da parte mais forte e favorecida sobre a mais vulnerável.

4 O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE E SUA RELATIVIZAÇÃO

Na ideia clássica do princípio da relatividade, os efeitos de um contrato devem somente ser relativos às partes contratantes. Em uma interpretação *contrario sensu*, aqueles que não se configuram como parte em uma relação contratual não podem ser

²⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 418.

atingidos por um contrato. A relatividade, em síntese, significa a restrição dos efeitos do contrato e da obrigatoriedade contratual apenas às partes.

O princípio da relatividade, principalmente no que diz respeito ao seu conteúdo tradicional, gravita ao redor da autonomia, uma vez que, sendo o contrato fruto do livre acordo de vontades exercido pelos sujeitos da relação, surge a ideia de que somente essas pessoas que se obrigaram podem ser atingidas - positiva ou negativamente - pelo contrato.

Há, portanto, dois núcleos subjetivos deste princípio: as partes contratantes e terceiros. Esses últimos seriam todos aqueles que, no momento em que se formou um determinado contrato, não se manifestaram no sentido de se constituírem como parte.

A constitucionalização do Direito Civil trouxe um alargamento da noção de partes, fato este que provocou uma mudança substancial no próprio sentido da relatividade dos efeitos contratuais. Neste sentido se manifesta Caitlin Mullholand: "Desta forma, partes contratuais seriam consideradas todas as pessoas que sofrem total ou parcialmente os efeitos do contrato (neste caso, mesmo não tendo consentido ou se manifestado no sentido de aderir aos efeitos do contrato)."²⁵

Como pontuado ainda por Caitlin, é considerada, na atualidade, a eficácia indireta dos contratos, que diz respeito aos efeitos do contrato relativos àqueles que não se configuram como parte contratante.²⁶ A relatividade, em sua ideia clássica, está ligada somente à eficácia direta, ou seja, aquela cujos efeitos se repercutem dentro da relação contratual.

A oponibilidade dos efeitos contratuais está justamente relacionada à eficácia indireta dos contratos, pois se refere à participação de terceiros em um contrato sem que eles estejam vinculados aos direitos e obrigações das partes, devendo eles, por isso, respeitar a relação jurídica contratual e por ela serem respeitados.²⁷

Na atualidade, existem situações em que terceiros podem se opor ao contrato caso sintam-se prejudicados. Um exemplo é a promessa de fato de terceiro, em que o contratante negocia que um terceiro específico irá cumprir a prestação, não sendo este obrigado a satisfazê-la até que a aceite.

²⁵ MULHOLLAND, Caitlin. *O princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais*. In: DE MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267-268.

²⁶ *Ibidem*. p. 273.

²⁷ *Ibidem*. p. 274.

A visão das relações jurídicas contratuais como isoladas e autossuficientes é incabível, haja vista a impossibilidade de se considerar, no atual mundo globalizado, que um contrato não pode atingir a esfera jurídica de terceiros. Essa concepção extremamente individualista tornou-se também obsoleta, pois que reforça a ideia de autonomia e liberdade entre as partes para agirem da forma que entenderem ser cabível, descaracterizando outros princípios e valores constitucionais existenciais.

Imprescindível seja levado em consideração o meio social em que o contrato é formado, de modo que as partes constituam uma relação obrigacional levando em conta o seu contexto, bem como as condições sociais e econômicas em que ela é criada.

O princípio da função social, à medida em que ganhou força no ordenamento jurídico, fez com que a relatividade dos efeitos contratuais deixasse de ser pensada de modo absoluto, exigindo-se uma preocupação não só com as partes que compunham o contrato como também com relação a toda a coletividade. A formulação de um contrato que se pauta apenas nos interesses das partes contratantes não receberá tutela do ordenamento por sua inconstitucionalidade, tendo em vista que a atual Constituição brasileira tem como fundamento da república os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho, bem como a dignidade da pessoa humana, que não pode ser violada por uma noção voluntarista e individualista do contrato.

5 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A partir do momento em que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais sofreu uma limitação da função social, houve um alargamento da própria concepção de contrato e de parte, já que, como anteriormente dito, considerou-se a incidência dos efeitos do contrato para além das partes. Além de reforçar o cumprimento do contrato, a função social obriga os sujeitos de uma relação a pensarem nos efeitos de suas atitudes sobre terceiros, fazendo com que interesses puramente individuais dessem lugar à consideração de interesses difusos e coletivos.

Há, então, uma virada solidarista no ordenamento jurídico, que contextualiza o homem em suas relações sociais e cria deveres extracontratuais relativos àqueles que não fazem parte do contrato. Desta forma, ratifica-se a impossibilidade da existência de relações privadas que contraponham o interesse coletivo. A liberdade contratual será somente protegida na medida em que atender aos valores constitucionalmente consagrados e objetivar interesses dignos de tutela. Ou seja, a autonomia privada também será limitada pela função social dos contratos. Nas palavras de Konder:

“Deste modo, o contrato – antes uma finalidade em si, protegida apenas formalmente como espaço da autonomia individual – passa

a ser ele também um instrumento de realização do projeto constitucional. Funcionalizado, ele passa a ser tutelado quando servir à realização daqueles preceitos normativos fundamentais. Quando, contudo, desviado dessa função, não receberá a tutela do ordenamento.”²⁸

A função social dos contratos é um princípio cuja recepção no ordenamento jurídico é recente, fato que dá espaço a maiores polêmicas e discussões quanto ao seu sentido e alcance. Como bem explicitado pelo doutrinador Gustavo Tepedino²⁹, este instituto ganhou efetiva recepção e somente passou a ser objeto de maior reflexão quando foi introduzido no Código Civil de 2002 em seu artigo 421.

Como princípio recente e mitigador das absolutas liberdades individuais, a função social sofreu grande resistência quanto à sua presença no ordenamento jurídico. Essa relutância se deu através do surgimento de correntes antifuncionalistas, que exaltavam a autonomia da vontade como princípio basilar e preexistente às relações jurídicas, devendo ser preservada vez que se remete à liberdade, considerada como valor máximo e intrínseco ao indivíduo.

Tepedino, por sua vez, indica a existência de duas principais vertentes antifuncionalistas. No que tange a primeira corrente:

“A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas (...)”³⁰

Esta posição, portanto, entende que a função social do contrato existe apenas para reforçar dispositivos já existentes, vez que indica uma presença difusa deste princípio dentro do ordenamento jurídico, diminuindo de modo considerável seu peso e sua eficácia normativa.

²⁸ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009, p. 56.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 396.

³⁰ *Ibidem*, p. 396-397.

A segunda corrente, por sua vez, alarga a noção de relatividade, já que, nas palavras de Tepedino, ela entende que a “função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais”³¹. Entretanto, essa vertente enaltece as figuras do contratante e do contratado perante as demais relações que porventura os cerceiem, reforçando, assim, uma proteção ao contrato e contra sua violação por terceiros. A corrente em questão não somente reduz a importância da função social como também não se vincula à vigente Constituição, pois que não olha para os efeitos do contrato sobre a coletividade. É uma visão individualista que não altera os princípios clássicos, apenas os reforça.

O antifuncionalismo resiste à aplicação e efetividade da função social, considerando sua incidência apenas de forma pontual e com limites extrínsecos ao contrato, evitando-se ao máximo atingir a esfera de liberdade dos sujeitos contratantes, tida como intangível. Segundo as teorias antifuncionalistas, a função social atingiria o contrato apenas em situações extremas, em casos extraordinários.³²

A constitucionalização do Direito Civil, entretanto, reforçou a ideia de que a função social é o princípio sem o qual um contrato não pode ser tutelado, vez que a autonomia privada só pode existir enquanto seu exercício for justificado pela função social do contrato.

Quanto aos efeitos da função social sobre os contratos, Konder³³ elenca quatro. Primeiramente, a função social conduziria ao equilíbrio contratual, já que proíbe a existência de contratos que promovam injustiças no meio social. É preciso ressaltar, porém, que a função social, embora induza ao equilíbrio dos contratos, não objetiva atingi-lo. Percebe-se, nesse efeito, uma sobreposição entre princípios, pois a função social, conjugada com a boa-fé, promove o equilíbrio contratual, e este último, também, já é por si só um princípio.

O segundo efeito demonstrado por Konder, e talvez um dos mais marcantes e provocadores de uma mudança substancial na visão dos contratos, remete-se à permissão de contratos que provoquem efeitos positivos sobre a coletividade e proibição daqueles que perpetuem efeitos negativos sobre ela, o que obriga as partes a seguirem determinados preceitos independentemente de sua vontade.

31 Ibidem, p. 397.

32 KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009, p. 54-55.

33 Ibidem, p. 60-74.

O terceiro efeito refere-se a um terceiro específico que afeta negativamente um contrato ou a um contrato que afeta de modo negativo este terceiro, o que implica a responsabilização daquele que interferir na esfera jurídica do outro de modo a prejudicá-lo. Cabe ressaltar que coibir qualquer tipo de indignidade provocada a alguém em específico é forma também de proteção à coletividade.

O quarto efeito, por fim, está no cumprimento efetivo do próprio contrato, ou seja, refere-se à ideia de que a função social reforça a necessidade do cumprimento do contrato, de alcançar o objetivo que levou as partes a acordá-lo e satisfazer seus interesses juridicamente relevantes. Neste efeito, denota-se também uma sobreposição com a boa-fé, pois que esta exige que os sujeitos de uma relação devam se atentar a cumprir os deveres principais e anexos necessários à satisfação da obrigação, além de aludir ao princípio da obrigatoriedade contratual, que exige o cumprimento do contrato sob quaisquer circunstâncias.

A função social exige que o contrato funcionalize as relações jurídicas privadas, ou seja, traga para um contrato privado a noção de ordem pública. Desta forma, como já mencionado, as relações privadas só receberão proteção do ordenamento se tutelarem interesses socialmente relevantes, figurando-se a função social, por isso, como um dos maiores exemplos da irradiação de valores constitucionais sobre as normas civilistas e a intervenção do público sobre o privado.

6 OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS

O princípio da obrigatoriedade, em sua visão clássica, pautava-se na ideia de que as obrigações oriundas de uma relação contratual deveriam ser completamente satisfeitas em quaisquer circunstâncias. Há, neste princípio, uma estreita relação com a autonomia privada, pois parte-se da lógica de que se um sujeito, livre e autonomamente, entra em uma relação jurídica, ele próprio cerceou sua liberdade com vistas à total satisfação do contrato. Essa obrigatoriedade, baseada em adimplir perfeitamente uma obrigação, seria, então, consequência do exercício da liberdade de contratar.

O princípio da obrigatoriedade também está relacionado com a boa-fé objetiva, pois a partir do momento em que alguém entra em uma determinada obrigação ele é obrigado a satisfazê-la através da boa-fé, uma vez que gera na outra parte a expectativa de cumprimento. Ou seja, o não cumprimento de uma obrigação significa a frustração da legítima expectativa da parte, expectativa essa sustentada pelo princípio da boa-fé.

Esta visão absoluta do princípio da obrigatoriedade compreende a primeira das três fases pelas quais ela passou, sendo seu sentido cada vez mais relativizado com o passar do tempo.

A segunda fase, por sua vez, foi marcada pela Teoria da Imprevisão, em que a obrigatoriedade, antes tida como absoluta, foi flexibilizada. Esta teoria, formulada no início do século XX, alegava que o aparecimento de casos excepcionais, dotados de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis às relações contratuais, afastaria a obrigatoriedade contratual a fim de reequilibrar a referida relação. Assim, apenas situações extrínsecas ao contrato poderiam ser consideradas para uma excepcional desconsideração da obrigatoriedade contratual. Como sustenta Mattietto:

“A teoria da imprevisão é insuficiente não somente em termos conceituais, dado o antiquado voluntarismo de que é infiltrada, mas se mostra ainda menos adequada diante de problemas como a excessiva dificuldade da prestação, a frustração dos fins do contrato, ou mesmo de fatos previsíveis que não tenham sido levados em consideração, pelas partes, na época da formação do contrato, mas que venham a atingir a comutatividade.”³⁴

O advento da Constituição de 88, como exposto, trouxe a Carta Magna para o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus valores e princípios em todos os dispositivos infraconstitucionais. O crescimento do poder normativo da vigente Constituição projetou nas relações o princípio da igualdade: torna-se, então, imprescindível o equilíbrio econômico das relações contratuais. A ideia do equilíbrio marca a terceira fase do princípio da obrigatoriedade, podendo este equilíbrio ser das condições objetivas e/ou subjetivas da relação.

O equilíbrio das condições subjetivas está relacionado ao vínculo psicológico entre as partes, ou seja, à necessidade de elas estarem de acordo quanto ao que contratam e como contratam, havendo de fato um equilíbrio subjetivo, uma equivalência em suas vontades.

O equilíbrio das condições objetivas, por sua vez, é constatado através da análise do conjunto de prestações e contraprestações entre as partes, procurando-se relações similares e em condições próximas.

A obrigatoriedade tem como fundamento constitucional a segurança jurídica, sendo justificada através da ideia do *pacta sunt servanda* – o contrato faz lei entre as partes. A obrigatoriedade, entretanto, não pode ser vista de forma absoluta, vez que ela possui seu limite na preservação do equilíbrio contratual, cuja base está na igualdade.

34 MATTIETTO, Leonardo. *O princípio do equilíbrio contratual*. Revista da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 2009, p. 188-189.

7 EQUILÍBRIO CONTRATUAL

A máxima de que as partes de uma relação contratual estão adstritas a cumprir o contrato, da forma como acordado e a qualquer custo, foi mitigada pelo equilíbrio contratual, que visa a garantir a igualdade substancial em uma relação jurídica, mesmo que isso incorra em eventual mudança nas condições do contrato, ou até mesmo sua resolução.

Faz-se imprescindível considerar a dinamicidade das relações obrigacionais, pois é através da análise dessa natureza que se constata ser impossível cristalizar as condições de cumprimento de um contrato.

Um contrato, assim, não pode ser instrumento para que as partes se desigualem ou para que haja qualquer forma de submissão entre elas, uma vez que vai de encontro ao próprio objetivo da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, assegurado pela atual Constituição Federal em seu artigo 2º, inciso II. Desta forma, o Código Civil em vigência assegura algumas garantias às partes contratuais sempre que for manifestado o desequilíbrio em suas relações.

Tais relações podem ser, desde o seu início, desequilibradas, sendo esta hipótese ilustrada pela ocorrência da lesão, prevista no artigo 157 do Código Civil. A lesão, portanto, ocorre quando alguém se aproveita de um momento de urgência ou do desconhecimento do indivíduo para gerar contrato vicioso. Nesta hipótese, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de revisão ou resolução do contrato.

O Código Civil expõe, também, algumas soluções para contratos cujos desequilíbrios manifestam-se em momento posterior. Um bom exemplo está no artigo 317 do referido código que indica a possibilidade de alteração do valor do negócio mediante o surgimento de elementos imprevisíveis ao contrato que alteraram a base da prestação/contraprestação, não havendo a exigência de extrema vantagem ou desproporção para que se altere a base do negócio.

Os artigos 478 e 479 do Código Civil, por sua vez, preveem a possibilidade de resolução do contrato quando suas prestações se tornarem excessivamente onerosas, com extrema vantagem ou desvantagem e em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Nota-se que nestes artigos houve uma positivação da Teoria da Imprevisão, presente na segunda fase do princípio da obrigatoriedade.

Cabe ressaltar, por fim, que a revisão do contrato deve sempre ser priorizada, pois que é uma forma de manutenção do contrato e de tentar perseguir a sua finalidade – ideia sustentada pela função social do contrato.

O princípio da relatividade não está explicitado no Código Civil, assim como o da obrigatoriedade. Entretanto, como perfeitamente elucidado por Leonardo Matietto:

“Se não há uma formulação expressa do princípio do equilíbrio contratual no Código Civil de 2002, não restam dúvidas sobre a sua positividade, seja com fundamento no princípio constitucional da igualdade, seja porque a lei condena tanto o desequilíbrio originário das prestações dos contratantes (ao vedar a lesão), como permite resolver ou rever o contrato em razão da excessiva onerosidade superveniente.”³⁵

8 CONCLUSÃO

Apesar da estreita relação entre a autonomia privada e a boa-fé, a relatividade e a função social, bem como entre a obrigatoriedade e equilíbrio contratual, é inegável que todos os princípios contratuais tenham uma conexão muito forte entre si, de modo que o eventual desaparecimento de um em nosso ordenamento afetaria diretamente o sentido de todos os outros.

Tomemos como exemplo a autonomia privada. Esta, na medida em que foi limitada pelos deveres de conduta oriundos da boa-fé exigíveis às partes, teve seu âmbito de aplicação também mitigado pela função social dos contratos, vez que a autonomia só recebe proteção do ordenamento enquanto estiver funcionalizada em razão de interesses existenciais. Tem também a autonomia privada relação com o equilíbrio contratual, pois a livre atuação das partes deve dirigir-se à manutenção da igualdade substancial em suas relações.

Quanto aos princípios clássicos, possui também a autonomia forte conexão. A relatividade dos efeitos contratuais, por exemplo, pauta-se na ideia de liberdade entre as partes que voluntariamente entram em uma relação contratual, devendo os efeitos deste contrato, por isso, restringir-se somente àqueles que se manifestaram no momento em que o contrato foi formado.

Segue também a obrigatoriedade dos contratos a mesma lógica, já que, em sua ideia clássica, se determinadas pessoas ingressam livremente em uma relação contratual, não podem, por isso, deixar de cumprir o contrato em hipótese alguma, pois a obrigatoriedade é consequência do exercício da liberdade de contratar.

É notório que os princípios contratuais complementam-se nos seus sentidos. Entretanto, faz-se necessário compreender que, mesmo possuindo essa forte ligação, os princípios não se confundem, sendo dotados de significados e eficácia autônomos. Essa

³⁵ MATTIETTO, Leonardo. *O princípio do equilíbrio contratual*. Revista da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 2009, p. 190.

constatação, apesar de lógica, muitas vezes não é posta em prática pelo intérprete, que conjuga, no caso concreto, mais de um princípio contratual sem discernir qual função cada um deles possui frente à realidade da relação entre as partes.

Desenvolve-se, assim, uma confusão nos sentidos dos princípios, que contribui para certa insegurança jurídica em sua aplicação e para a dificuldade de cristalizar os seus sentidos através da concreção realizada pela jurisprudência.

Portanto, é preciso reforçar a ideia de que a intencional vagueza no significado dessas cláusulas existe para tornar o sistema mais flexível, como também para permitir a direta incidência dos valores constitucionais em todo o ordenamento jurídico, e não para provocar confusão e obscuridade na distinção entre os princípios.

A entrada dos princípios contratuais no ordenamento jurídico marcou uma profunda transformação no modo de se enxergar as relações jurídicas patrimoniais. Os valores existenciais sobrepuseram-se ao aspecto individualista e puramente econômico do contrato, de modo que este, com o advento do Código Civil de 2002, passa a se justificar somente enquanto garantir o ser, ou seja, enquanto levar em consideração o equilíbrio nas relações, a coletividade, a cooperação entre as partes e, conseqüentemente, toda a axiologia constitucional.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In: *Revista brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 25, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito privado como um "sistema em construção"*. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 139, Brasília: Senado, 1998.

MATTIETTO, Leonardo. *O princípio do equilíbrio contratual*. *Revista da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2009, p. 190.

MULHOLLAND, Caitlin. *O princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais*. In: DE MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In: DE MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UMA ANÁLISE SOBRE AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS POVOS INDÍGENAS SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CAMILA PEREIRA BARRETO:

Advogada. Graduada em Direito pela UFAL. Pós-graduanda em Direitos Humanos (CEI).

Resumo: Um dos maiores desafios no âmbito da proteção dos direitos humanos é conciliar a legislação e o entendimento dos tribunais locais com o entendimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Merece destaque a dissonância entre o tratamento jurídico conferido pelo ordenamento jurídico interno e o tratamento conferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao direito de propriedade sobre as terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas. Enquanto o direito brasileiro, por meio de uma construção jurisprudencial, adota a teoria do Marco Temporal, o sistema interamericano adota a teoria do indigenato. Tendo em vista que a teoria do Marco Temporal configura uma interpretação mais restritiva e, ainda, em dissonância com o entendimento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, é necessário compatibilizar o direito interno com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando-se o princípio da primazia da norma mais favorável.

Palavras-chave: Direitos indígenas; terras indígenas; marco temporal; propriedade coletiva; interpretação evolutiva.

Abstract: *One of the biggest challenges in the field of human rights protection is to reconcile legislation and the understanding of local courts with the understanding of international systems for the protection of human rights. The dissonance between the legal treatment given by the domestic legal system and the treatment given by the Inter-American Court of Human Rights to the right to property over lands traditionally occupied by indigenous peoples deserves to be highlighted. While Brazilian law, through a jurisprudential construction, adopts the Time Frame theory, the inter-American system adopts the indigenato theory. Bearing in mind that the Time Frame theory configures a more restrictive interpretation and, still, in dissonance with the understanding of the inter-American system for the protection of human rights, it is necessary to make domestic law compatible with the understanding of the Inter-American Court of Human Rights, applying it the principle of the primacy of the most favorable norm.*

Keywords: *Indigenous rights; indigenous lands; time frame; collective property; evolutive interpretation.*

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é trazer algumas breves considerações sobre o direito dos povos indígenas sobre suas terras, por meio de um estudo comparado entre o direito interno, baseado nas previsões constitucionais sobre o tema e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, e a jurisprudência do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Inicialmente, é necessário considerar que os povos indígenas possuem destaque na Constituição Federal de 1988, sendo reconhecida a sua organização social, seus aspectos culturais e as terras tradicionalmente ocupadas. Nos termos do dispositivo constitucional:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Pela leitura da Constituição, é possível concluir que o legislador constituinte originário concluiu pela necessidade de conferir aos povos tradicionais uma proteção especial, impondo uma conduta comissiva ao Poder Público, com a finalidade de proteger os povos indígenas, bem como as terras que guardam intrínseca relação com seus costumes e tradições.

Nesse mesmo sentido, a Constituição confere também proteção aos povos quilombolas, reconhecendo a importância dos povos tradicionais. Nos termos do art. 68 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, os povos quilombolas possuem a propriedade sobre suas terras, cabendo ao Estado a emissão de seus títulos.

Entretanto, é possível, por meio da análise dos dispositivos constitucionais que regulamentam os direitos sobre as terras de povos tradicionais, verificar que há um tratamento diferenciado entre os povos indígenas e os povos quilombolas. Enquanto os povos quilombolas possuem a propriedade sobre suas terras, a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas pertence à União, nos termos do art. 20, XI da Constituição.

Assim, os povos indígenas possuem o usufruto sobre as suas terras tradicionais, enquanto os povos quilombolas possuem a propriedade em si. Esse tratamento jurídico conferido aos povos indígenas não só é menos favorável, mas, também, está em desacordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconhece o direito à propriedade para todos os povos tradicionais.

Ademais, como será destacado a seguir, outros entraves são enfrentados pelos povos indígenas na busca de tutela sobre direitos vinculados a suas terras tradicionais. Dentro de um sistema historicamente opressor, os povos indígenas enfrentaram grandes dificuldades em ver reconhecido o próprio direito ao usufruto dessas terras tradicionais.

1. O caso Raposa do Sol e a adoção da teoria do Marco Temporal

É importante consignar que um dos principais precedentes no âmbito do direito interno sobre a tutela jurídica das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios veio no famoso caso Raposa do Sol, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2009.

O referido caso foi decidido pelo Plenário do STF na PET. 3.388-RR, a partir da impugnação ao ato de demarcação da Portaria n. 534/2005, que determinou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A impugnação ao referido ato normativo infralegal se deu em razão de agricultores e latifundiários da região sustentarem a posse de significativa parcela das terras demarcadas, munidos, para tanto, de títulos a fim de comprovar seus direitos.

Em que pese o STF ter entendido pela legalidade do processo administrativo de demarcação, a decisão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas”, o que foi um dos pilares para consagrar a tese do Marco Temporal.

O Relator Ministro Ayres Britto expressou que a intenção do legislador constituinte originário era de encerrar discussões sobre a referência temporal de ocupação para determinar o que seria uma área indígena.

Afinal, a Constituição estabeleceu que as terras indígenas, como mencionado acima, são as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente. Acontece que não houve uma delimitação expressa sobre o que seria esse marco de tradicionalidade.

Por essa razão, a teoria do Marco Temporal envolveu a delimitação do nascimento, sob um caráter meramente temporal, do direito dos povos indígenas sobre suas terras. Assim, entendeu o Ministro Relator que

É importante ressaltar que a decisão do STF não teve como fundamento um dispositivo legal específico, mas sim um exercício interpretativo³⁶ feito a partir do próprio texto constitucional, de forma a extrair o marco regulatório para o processo de demarcação. Assim, na lacuna da Constituição sobre a partir de quando uma terra seria considerada terra tradicional indígena, o Supremo Tribunal Federal entendeu que deve ser utilizado um critério temporal.

³⁶ SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos territoriais indígenas: o Poder Judiciário contra a Constituição. In: **ENADIR 4**, 2015, São Paulo, Grupo de Trabalho 15, São Paulo, 2015, p. 08. Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial. Disponível em: http://enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=18. Acesso em 09 de setembro de 2022.

Portanto, o entendimento do STF foi no sentido de que uma terra será considerada terra indígena se for ocupada pelos povos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal, que se deu em 05 de outubro de 1988. Nesse sentido:

(...) a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro³⁷.

Entretanto, há que se ressaltar que no próprio caso Raposa Serra do Sol, o STF considerou que há uma exceção. Um dos argumentos trazidos pelos fazendeiros foi que na data da promulgação da Constituição, os indígenas não ocupavam a terra, de forma que, pela teoria do Marco Temporal, não seria possível reconhecer os direitos dos povos indígenas sobre o objeto do litígio.

Ocorre que, conforme atestado em laudos antropológicos e pareceres, os indígenas tinham sido forçadamente removidos da terra naquela ocasião, pelos próprios fazendeiros. Assim, o STF reconheceu que, efetivamente, ocorreu o chamado esbulho renitente. Dessa forma, a posse exercida pelos fazendeiros na época da promulgação da Constituição era uma posse violenta, visando combater a resistência dos povos indígenas a sair da região. Destaca-se, ainda, que os povos indígenas, mesmo após a remoção, continuaram lutando pelos direitos sobre as terras.

Portanto, o STF entendeu que, na hipótese de remoção forçada, em que ainda há resistência indígena quando da data da promulgação da Constituição, ainda assim a terra será considerada como terra indígena, tendo em vista que o esbulho, em razão do seu caráter ilícito, afasta qualquer direito de terceiros sobre as terras. Vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Petição 3.388-4 Roraima**. Relator: Carlos Ayres Brito. Publicado no DJ de 17 de mar. de 2009.

VERDE". ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

4. Agravo regimental a que se dá provimento. (STF. 2ª Turma. ARE 803462 AgR/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 9/12/2014)

Todavia, há que se considerar uma grande falha no raciocínio jurídico desenvolvido pelo STF na matéria. Além de estabelecer a teoria do Marco Temporal como regra, que, por si só, é dotada de um critério puramente objetivo, desconsidera, ainda, aspectos antropológicos importantes. Como diz Duprat:

De outro giro, muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente (Gadamer, 1998: 571). Não é mera remissão ao

contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí por que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva³⁸.

Assim, esse critério meramente objetivo de definição de uma terra tradicionalmente ocupada por um grupo vulnerável desconsidera aspectos inerentes a sua própria cultura, que impõe, muitas vezes, uma ligação inexorável entre a terra e seus costumes. A relação entre o indígena e a terra é completamente distinta do conceito de direito à propriedade como direito fundamental de primeira geração:

Nesse sentido, deve ser reconhecido que o direito à propriedade, sob a ótica de uma população tradicional, é intrínseco à própria comunidade. Portanto, qualquer ato que reconheça o direito à propriedade em si tem natureza meramente declaratória. Nesse sentido:

Ainda há que mencionar o fato de que se tratam de direitos territoriais apenas declaratórios e não constitutivos porque o direito à terra é anterior. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial. A Constituição Federal apenas formaliza o ato de demarcação que é meramente declaratório nos termos do artigo 231, parágrafo 2º da Constituição Federal e também conforme artigo 14 da Convenção n. 169 da OIT. Trata-se de ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. E é por este motivo que a Constituição de 1988 denominou os direitos territoriais indígenas como originários. Pois, antecedendo a Constituição, já era reconhecido o direito originário as suas terras em outros documentos, como a Lei 6001/73 (Estatuto do Índio) ainda vigente. Assim, a Carta Magna veio traduzir um direito antigo a qualquer outro e que prepondera sobre os direitos adquiridos, ainda que materializados em escrituras públicas ou títulos de terras formalizados³⁹.

38 DUPRAT, Deborah. **Terras Indígenas e o judiciário**, p. 7. Disponível em : <
http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-epublicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2022.

39 DAN Vivian Lara Caceres, DE ASSIS, Flavia Benedita Sousa. **A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas**.

É importante destacar, por fim, que ao se adotar a teoria do Marco Temporal, o STF reconhece que o direito dos povos indígenas nasce com a Constituição de 1988, desconsiderando, assim, o direito imemorial às terras tradicionais que é, inclusive, preexistente ao processo de colonização do território brasileiro⁴⁰.

2. A teoria do indigenato e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Desse ser ressaltado que o entendimento no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é substancialmente diferente no tocante à proteção dos direitos indígenas sobre suas terras. Enquanto a teoria do Marco Temporal é adotada no âmbito interno, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, expressamente, a aplicação da teoria do indigenato.

Como caso paradigmático, temos o caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Nesse importante precedente, o Estado da Nicarágua reconheceu um convênio entre a empresa Companhia Sol Del Caribe S.A. (SOLCARSA) e o Governo Regional, em que foi concedida a exploração de madeiras em terras pertencentes à comunidade indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni. O fato se deu sem consulta prévia dos membros da comunidade indígena, que se insurgiram contra a medida.

Diante da ineficácia de medidas judiciais e extrajudiciais, o caso chegou até a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa oportunidade, a Corte reconheceu a responsabilidade do Estado da Nicarágua, sendo um dos direitos violados o direito à propriedade comunal dos membros da comunidade indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de uma interpretação evolutiva do art. 21 da Carta Americana de Direitos Humanos, que confere o direito à propriedade privada, ampliou o conceito clássico de propriedade para além de uma vertente exclusivamente individual, de forma que a propriedade, na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possui, ainda, um aspecto coletivo, sobretudo quando considerado a partir de povos tradicionais.

Um caso brasileiro de extrema importância sobre direitos indígenas na Corte Interamericana de Direitos Humanos é o caso Povo indígena Xucuru vs. Brasil. A Corte

Disponível em <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/25496>>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

⁴⁰ HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Cej, 2017, p. 410.

reconheceu que o Brasil violou o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas, bem como o seu direito à integridade pessoal de seus membros.

O cerne da questão residiu no lapso temporal superior a 16 anos para a conclusão do o procedimento de demarcação de terras indígenas da comunidade Xucuru. Também foi analisada a demora na desintrusão total dessas terras tradicionais, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente os direitos anexos ao direito à propriedade.

Ainda, foi analisada a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência do alegado descumprimento do prazo razoável no processo administrativo respectivo, bem como a demora em conferir uma solução de mérito às ações civis iniciadas por pessoas não indígenas com relação a parte das terras e territórios ancestrais.

Assim, a Corte, além de reconhecer novamente o direito dos povos tradicionais à propriedade coletiva sobre suas terras, determinou que o Brasil realizasse a demarcação da terra indígena:

188. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado adotar, com a brevidade possível, as medidas necessárias para tornar efetivo o direito de propriedade coletiva e a posse do Povo Indígena Xucuru e seus membros com respeito a seu território ancestral. Em especial, o Estado deverá adotar as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, necessárias para conseguir sua desintrusão efetiva, compatível com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Também deverá garantir aos membros da comunidade que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas⁴¹.

É possível observar, ainda, que no precedente acima, a Corte trouxe o conceito de direito à desintrusão. Esse conceito abarca o direito dos povos tradicionais de viver em suas terras sem interferência de particulares, que deverão ser removidos do local pelo Poder Público.

Esse direito decorre, ainda, do artigo 14 da Convenção 169 da OIT, que prevê:

Artigo 14

41 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

Assim, o direito de desintrusão decorre do fato de que os direitos dos povos indígenas sobre suas terras só poderão ser exercidos, em caráter pleno, com a efetivação de políticas públicas destinadas a garantir tais direitos. Isso envolve, portanto, a remoção de pessoas não-indígenas de terras tradicionais.

A Corte Interamericana possui um número considerável de precedentes sobre direitos indígenas, de forma que estabeleceu obrigações *erga omnes* para os Estados da OEA no tocante ao direito indígena à propriedade.

Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem o mesmo efeito jurídico que os efeitos decorrentes do título de pleno domínio emitido pelo Estado⁴².

Ainda, a Corte reconheceu que, mesmo que os integrantes da comunidade tradicional indígena sejam removidos forçadamente de suas terras, ainda assim eles terão o direito de propriedade garantido, direito que independe de título legal⁴³.

Por sua vez, no Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a importância do vínculo espiritual e

42 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidade Garífuna de Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras**. Sentença de 8 de outubro de 2015. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf >. Acesso em 15 de setembro de 2022.

43 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf >. Acesso em 15 de setembro de 2022.

material que as comunidades tradicionais indígenas possuem em relação às suas terras tradicionais, de forma que esse valor espiritual da terra justifica a subsistência do direito à propriedade.

Diante dessa análise dos casos mais importantes analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, verifica-se que a jurisprudência da Corte é pacífica em reconhecer que em relação aos direitos de povos indígenas sobre suas terras tradicionais, a teoria a ser aplicada é a teoria do indigenato, a qual confere uma maior proteção jurídica a esses povos e seus direitos.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo fazer uma breve análise comparativa entre a proteção oferecida pelo sistema interamericano de direitos humanos e o ordenamento jurídico interno, no tocante ao regime jurídico conferido às terras tradicionais dos povos indígenas.

Analisando alguns dos mais importantes precedentes sobre o tema, é possível concluir que o regime jurídico das terras tradicionais indígenas é consideravelmente mais favorável aos olhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que adota a teoria do indigenato, considerando, portanto, como direito inerente às próprias comunidades tradicionais, em razão da especial relação entre sua cultura e as terras por eles ocupadas.

Em sentido diverso, ao se adotar a teoria do Marco Temporal, o Supremo Tribunal Federal confere uma proteção mais restritiva aos povos indígenas, sobretudo quando é feita uma comparação com o tratamento jurídico conferido para as comunidades de remanescentes de quilombos.

É importante destacar que, quando tratamos de normas voltadas para a proteção de indivíduos ou grupos vulneráveis, aplicam-se os princípios interpretativos que regem os direitos humanos. Assim, em que pese o ordenamento jurídico interno adotar a teoria do Marco Temporal, há que se reconhecer que a referida teoria oferece uma proteção deficiente para os povos indígenas.

Não há outra alternativa que não seja reconhecer a incidência, neste caso, da aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Uma norma interna, quando mais restritiva em sua tutela a grupos vulneráveis, deve ser deixada de lado diante de uma norma internacional mais protetiva, de forma a evitar conflitos entre normas internas e normas externas, bem como garantir que seja aplicada a norma que venha a, efetivamente, proteger os direitos em jogo. Ademais, o referido princípio aplica-se, também, na hipótese de interpretação de um determinado ato normativo.

É necessário ressaltar, inclusive, que a Constituição Federal já parte de uma premissa

que restringe os direitos indígenas, tendo em vista que o legislador constituinte originário optou por conferir a titularidade de suas terras para a União, enquanto os povos remanescentes de quilombos possuem a propriedade sobre suas terras. Não há justificativa para um tratamento distinto para povos que integram todo o histórico de dominação e opressão da formação do Estado brasileiro, motivo pelo qual esse dispositivo constitucional é passível de críticas,

Para definir o que é uma terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas, a adoção da teoria do Marco Temporal se deu a partir de um exercício interpretativo pelo Supremo Tribunal Federal. Nada impede, todavia, que o Supremo venha a modificar o seu entendimento, havendo, inclusive, a possibilidade de que isso venha a acontecer.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal deve julgar, ainda em 2022, o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, com repercussão geral, encerrando a discussão sobre a definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena.

Espera-se que o Supremo, em interpretação evolutiva, reveja o entendimento da aplicação da teoria do Marco Temporal, passando a adotar, em consonância com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a teoria do indigenato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Petição 3.388-4** Roraima. Relator: Carlos Ayres Brito. Publicado no DJ de 17 de mar. de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidade Garífuna de Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras**. Sentença de 8 de outubro de 2015. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf >. Acesso em 15 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena**

Sawhoyamaxa Vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

DAN Vivian Lara Caceres, DE ASSIS, Flavia Benedita Sousa. **A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas.** Disponível em <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/25496>>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

DUPRAT, Deborah. **Terras Indígenas e o judiciário.** Disponível em : <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-epublicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2022.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** 2. ed. Belo Horizonte: Cej, 2017.

SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos territoriais indígenas: o Poder Judiciário contra a Constituição. In. **ENADIR 4**, 2015, São Paulo, Grupo de Trabalho 15, São Paulo, 2015, p. 08. Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial. Disponível em: http://enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=18. Acesso em 09 de setembro de 2022.

APELAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DA MAIS RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SEGUNDO SEMESTRE DE 2022: As novas orientações jurisprudenciais trazidas nos informativos 745, 747 e 748, de agosto e setembro de 2022

NARA LÍVIA MANFRIN: Acadêmica do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Para além das celeumas doutrinárias acerca da constitucionalidade ou não das limitações legais às hipóteses que possibilitam o manejo do recurso de apelação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri - constantes do art. 593, III, do Código de Processo Penal - é de suma importância no dia a dia do advogado e de todos os operadores de direito estarem atualizados com a jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça consolidou importantes teses acerca do assunto, nos informativos 745 (de 22 de agosto de 2022), 747 (de 12 de setembro de 2022) e 748 (também de 12 de setembro de 2022), com implicações diretas em hipótese de cabimento elencada no art. 593, III, do CPP, bem como na dosimetria da pena do processado.

Dispõe o mencionado dispositivo:

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

(...)”.

Quanto à alínea d, inciso III, art. 593, do CPP (“decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”), a 5ª Turma do STJ, no Informativo n.º 747/22, assentou que quando o Tribunal de 2º grau entender pela efetiva configuração de manifesta contrariedade entre o veredito dos jurados e as provas dos autos, a consequência jurídica será a cassação da sentença e a submissão do réu a um novo júri, confirmando o que reza o art. 593, § 3º, do CPP, nestes termos:

“§ 3º. Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.

Asseverou a Corte Superior ser inviável a imediata absolvição pelo colegiado quando se evoca essa alínea para a propositura do recurso, e por conseguinte, impertinente o pedido absolutório pelo recorrente, tanto por contrariedade à redação do art. no 593, § 3º, do CPP - endossando a disposição nele contida - quanto por afronta à própria competência constitucional dos jurados para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal).

Segundo a 5ª Turma do STJ, o § 3º do art. 593 do CPP é norma que equaliza a soberania constitucional dos vereditos, possibilitando o seu controle jurisdicional, mas sem permitir a substituição do júri por juízes togados.

Cumprido, agora, adentrar às implicações na dosimetria da pena trazidas nos, noveis entendimentos veiculados pelo STJ nos informativos 745, 747 e 748, deste segundo semestre de 2022.

No tocante à qualificadora do art. 121, § 2º, IV, referente ao homicídio cometido “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”, a Corte Superior referendou o caráter objetivo dessa qualificadora, e por conseguinte a sua comunicabilidade aos coautores e partícipes, desde que tenha ingressado na esfera de conhecimento destes.

Nessa esteira, reconheceu ser indispensável a inclusão na quesitação aos jurados, de pergunta sobre a ciência ou não dos mandantes do crime quanto ao modo de execução. Equivale dizer, não é suficiente, por exemplo, a mera indagação a respeito de ter sido o crime praticado por meio de emboscada, imprescindível que se questione se o mandante do crime sabia que o homicídio viria a ser executado mediante a emboscada. Do contrário, não é possível reconhecer a qualificadora em desfavor do mandante do delito, mas somente ao seu executor direto.

Decidiu a 5ª turma do STJ que, conseqüentemente, há nulidade no quesito que não questiona os jurados acerca da ciência dos mandantes do crime de homicídio quanto ao “modus operandi” empregado pelos executores. Isso porque, as qualificadoras só poderiam se comunicar ao (s) mandante (s) que tenham tido ciência anterior do modo de agir que viria a ser utilizado.

No caso analisado, o STJ destacou que da maneira como foi redigido o quesito, só se pôde dessumir que os jurados reconheceram a emboscada aos executores diretos do homicídio (aos pistoleiros, autores dos disparos). O quesito não contemplava a hipótese de a emboscada ter sido o modo eleito pelos mandantes do crime para ceifar a vida das vítimas, tampouco de os pistoleiros terem elegido essa forma mediante prévia aprovação ou ao menos ciência dos mandantes. Assim, concluiu que por não ter sido indagado aos jurados se houve dolo dos mandantes com relação à qualificadora, a imputação da qualificadora deveria ser afastada quanto a estes, cingindo-se o seu reconhecimento aos executores diretos.

Noutro vértice, a 5ª Turma do STJ também firmou relevantes orientações no que atine à causa de diminuição de pena da colaboração premiada no âmbito dos casos de competência do Tribunal do Júri.

Declinou a Corte que malgrado haja a necessidade de quesitação aos jurados com relação à configuração ou não de causas de diminuição de pena ou minorantes, a competência para a eleição do patamar de redução da pena é do juiz sentenciante e não dos jurados.

E mais: reputou ser justificada a redução em menor “quantum” do que o anteriormente ajustado com o Ministério Público no acordo de colaboração, no caso de o acusado colaborador ter prestado declarações falsas no plenário do júri.

Na hipótese concreta apreciada, manteve a decisão do Tribunal de origem que aplicou a fração de 1/2, em vez dos 2/3 pactuados no acordo de colaboração, com base no fato de o colaborador ter prestado declarações falsas contra os corréus, o que foi reconhecido pelos jurados.

Ainda no campo das qualificadoras do crime de homicídio, no que concerne à prevista no 121, § 2º, I, do CP - homicídio qualificado pela prática “mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe” – a 5ª turma do STJ (Informativo 748/22) estabeleceu ser inaplicável aos mandantes do delito a circunstância “mediante paga”, por ser fator integrante das razões que os levam à possibilidade de responderem em concurso de pessoas com os executores diretos, já que, diferente destes, não praticaram direta e imediatamente o núcleo do tipo “matar”.

Na mesma linha, estatuiu que “como destaca a doutrina, os motivos do mandante - pelo menos em tese - podem até ser nobres ou mesmo se enquadrar no privilégio do § 1º do art. 121, já que o autor intelectual não age motivado pela recompensa; somente o executor direto é quem, recebendo o pagamento ou a promessa, a tem como um dos motivos determinantes de sua conduta. Há, assim, uma diferenciação relevante entre as condutas de mandante e executor: para o primeiro, a paga é a própria conduta que permite seu enquadramento no tipo penal enquanto coautor, na modalidade de autoria mediata; para o segundo, a paga é, efetivamente, o motivo (ou um dos motivos) pelo qual aderiu ao concurso de agentes e executou a ação nuclear típica”. Daí porque, “a paga não é o motivo da conduta do mandante, mas sim o meio de sua exteriorização, referida qualificadora não se aplica a ele”.

Neste caso, entretanto, a Corte ressaltou a desnecessidade de submissão do réu a novo júri, sob os fundamentos de não existir exigência legal ou utilidade prática para tanto (“não haveria nenhuma cognição adicional que os jurados pudessem exercer sobre a qualificadora da paga”), competindo “ao STJ sanar ele próprio, diretamente, a nulidade detectada, a fim de retificar o cálculo das reprimendas dos acusados, como manda o art. 593, § 2º, do CPP” (Informativo 748/2022).

Ademais, a 6ª turma da Corte, consoante exarado no informativo 745/2022, deliberou que no concurso entre agravantes e atenuantes, a atenuante da confissão espontânea tem preponderância sobre a agravante da dissimulação, com supedâneo no art. 67 do Código Penal.

Diz o art. 67 do Código Penal que "no concurso de agravante e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

Além dessas, trazidas de modo expreso pela lei, há muito a atenuante da confissão espontânea é tida pelo STJ como circunstância preponderante, o que viabiliza a compensação na dosimetria da pena com a agravante da reincidência. A orientação que foi veiculada no informativo 745 pela Corte Superior foi a de que, à vista da preponderância da confissão espontânea, em cotejo com o fato de a agravante da dissimulação não constar do rol do art. 67 do CP (circunstâncias preponderantes), a atenuante da confissão espontânea prevalece sobre esta, não sendo cabível a compensação, como ocorre com a agravante da reincidência (expressamente elencada no art. 67).

Conclusão.

Estar atualizado (a) com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente com os precedentes publicados nos recentíssimos informativos do Superior Tribunal de Justiça - 745, 747 e 748, deste segundo semestre de 2022 - é de relevante utilidade prática para a defesa no processo penal no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, pois há implicações consideráveis nas deliberações possíveis a partir das novas orientações, bem como nas teses que se pretende ver encampadas pelos juízes e tribunais e na própria dosimetria da pena.

APLICAÇÃO DA REGRA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO AO INSTITUTO DA *EMENDATIO LIBELLI*

PRISCILLA PEREIRA OLIVEIRA: Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Única e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo a demonstração de que o modelo de processo cooperativo, fundado na maximização do princípio do contraditório, sob o aspecto da não surpresa, ao processo penal, especificamente ao instituto denominado de *emendatio libelli*, se mostra perfeitamente possível e compatível com a Constituição Federal de 1988. A aplicação do Código de Processo Civil aos processos penais é possível não apenas de modo subsidiário, mas de modo principal, sobretudo, em razão dos grandes avanços que traz ao contraditório, mesmo sendo um código destinado a regular o processo nas relações privadas, se mostra bem mais garantista do que o Código destinado a regular o processo de cunho eminentemente restritivo das liberdades individuais. Faz-se uma proposta de interpretação à luz da moderna teoria do ordenamento jurídico, de modo que as normas não são interpretadas isoladamente, mas de acordo com a unicidade de todo o sistema jurídico.

Palavras-chave: Contraditório. Prévio. Emendatio. Libelli. Não Surpresa.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a uma abordagem da aplicação do Código de Processo Civil ao processo penal, especificamente, da regra contida no artigo 10 do CPC, a partir de uma contextualização necessária que se fará em relação ao instituto denominado "*emendatio libelli*"; previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal.

Para tanto, tomar-se-á como base o texto Constitucional, no que se refere à garantia do contraditório e da ampla defesa – artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, os já referidos artigos do Código de Processo Civil e Código de Processo Penal, além da doutrina correlata.

O Código de Processo Penal, criado em 1941 sob a forma de decreto-lei, espécie normativa já extinta do ordenamento jurídico pátrio e que em muito se assemelha à atual medida provisória, com a diferença de que não precisava passar pelo parlamento para ingressar no ordenamento com presunção de definitividade, prevê, em seu artigo 383, o que a doutrina denomina de "*emendatio libelli*".

Tal instituto jurídico consiste na possibilidade de o juiz, após as alegações finais das partes, já na sentença, atribuir ao fato descrito na denúncia classificação jurídica diversa daquela indicada pelo Ministério Público, conforme se ver da transcrição do dispositivo legal: *“o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”*.

A seu turno, o Código de Processo Civil, com forte inspiração nos tratados de direitos humanos, que visam a promover valores tidos por universais no que tange, sobretudo, às garantias processuais, e regulamentador de diversos princípios constitucionais ligados a tais, sobretudo, o contraditório e ampla defesa, institui, em seu artigo 10, que *“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*.

Partindo-se da perspectiva apresentada e observando um aparente conflito de normas processuais, embora cada um dos dispositivos dizem respeito a espécies procedimentais ou processuais diferentes, à luz da divisão clássica entre processo civil e processo penal, far-se-á uma análise cuidadosa e reflexiva da aplicação dos dispositivos, sobretudo, sobre um viés de interdisciplinariedade e do princípio fundamental da unidade do ordenamento jurídico, que deve guiar o intérprete na aplicação da norma jurídica.

2. BREVE ANOTAÇÃO SOBRE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO.

A doutrina processual brasileira sempre cunhou o princípio do contraditório como um corolário do princípio da imparcialidade, reduzindo a sua conformação a mero direito de bilateralidade de audiência, ou seja, direito de dizer e contradizer.

Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, aduzem que o princípio do contraditório:

“foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação”. (Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, 2015, p. 69 – 70).

Ainda segundo os autores mencionados, é possível se extrair que:

“Ao notar a insuficiência do conteúdo atribuído ao contraditório, e já o vislumbrando como garantia dinâmica

e como núcleo do processo, a doutrina italiana configurou, porém, perfis dinâmicos para um contraditório, agora substancial, atribuindo às partes ***possibilidades de participação preventiva*** sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado. Na França, o art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile impede o juiz de fundamentar sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestar acerca de suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter de provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda”. (Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, 2015, p. 69 – 70).

É no contexto exposto, que o princípio do contraditório, sobretudo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/2015, ganhou uma abordagem cooperativa ainda quando era apenas um projeto de lei, conforme se depreende dos artigos 5º, 9º e 10 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010. Veja-se a transcrição dos artigos do citado projeto:

“Art. 5.º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e *fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões*, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência” (sem grifo no original).

Art. 9.º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

Conquanto a redação do projeto de lei tenha constado os trechos acima transcritos, apenas o mencionado artigo 10 fora aprovado e passou a integrar a redação final da Lei 13.105/2015, positivando, no ordenamento pátrio, o dever de o juiz oportunizar o contraditório prévio, ainda que a matéria a ser decidida seja cognoscível de ofício, como é o caso previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, objeto do presente estudo.

Na doutrina italiana, encontra-se a posição de Civinini, para quem:

“o contraditório deve ser desenvolvido em todo o inter processual, em relação tanto às atividades das partes quanto às atividades do juiz, de modo que o exercício dos poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo”. (CIVICINI, 1999, p. 6).

Também na Itália, é possível encontrar julgado importante da Corte de Cassação, que decidiu que *“é nula a sentença que se funda em uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao conhecimento das partes”* (Itália, Corte de Cassação, Seção I, 21 de novembro de 2001, n.º 14637, Pres. Criscuolo, Província de Pesaro e Urbino, p. 1.611-1.612.).

No Brasil, ainda é tímida a posição dos tribunais, sobretudo, Superiores, em relação ao tema. Com efeito, sempre se adotou uma postura formalista, fundada no modelo positivista de produção do Direito, de modo que a decisão que se funda na lei, não declarada incompatível com o seu fundamento de validade, é válida, não podendo ser objeto de controle por parte do órgão judiciário recursal.

Assim, com base no posicionamento mencionado, tanto os órgãos de primeira instância quanto os tribunais, têm mantido uma posição de deferência em relação ao artigo 383 do Código de Processo Penal, o que, no modesto entendimento da autora, contraria a Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente a norma que se extrai do artigo 5º, inciso LV, além de apresentar incompatibilidade com a norma do artigo 10 do Código de Processo Civil, legislação mais moderna do ponto de vista temporal e compatível com o texto da Constituição.

3. OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS DE SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS SERIAM SUFICIENTES PARA SOLUCIONAR A CELEUMA APRESENTADA?

Por antinomia normativa há de se compreender o conflito entre duas ou mais normas, dentro de um mesmo espaço de aplicabilidade, ou seja, para o mesmo fato concreto, há duas ou mais normas, excludentes entre si, mas que se encontram em plena vigência, integrando, assim, o ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, a doutrina, a partir da identificação da antinomia, propõe três critérios de solução a saber: a) hierárquico; b) cronológico; e c) de especialidade.

Celso Ribeiro Bastos, citando Carlos Maximilado, assim resume os critérios ora apresentados?

“O primeiro é o hierárquico, que está baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra, embora, às vezes, possa haver incerteza para decidir qual das duas normas antinômicas é a superior. O critério hierárquico, por meio do brocardo *lex superior derogat inferiori* (norma superior revoga inferior), informa que deve sempre prevalecer a lei superior no conflito.

O segundo critério apontado é o cronológico, que remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência. O critério cronológico, por intermédio do brocardo *lex posterior derogat priori* (norma posterior revoga anterior), conforme expressamente prevê o art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua que a lei mais nova, editada posteriormente, prevalece sobre a lei mais velha.

Por derradeiro, há o critério da especialidade, que visa a consideração da matéria normada. A superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho de justiça: da legalidade à igualdade. O critério da especialidade, por meio do postulado *lex specialis derogat generali* (norma especial revoga a geral), opta pela prevalência da norma especial em detrimento da norma geral. Referido critério ancora-se na justificativa de que o legislador, ao tratar de maneira específica de um determinado tema, o faz, presumivelmente, com maior precisão”. (BASTOS, 2002, p. 86).

Do cotejo entre o artigo 383 do Código de Processo Penal e o Artigo 10 do Código de Processo Civil, observa-se que nenhum dos critérios acima elencados são capazes de resolver a antinomia e, ao mesmo tempo, preservar o efetivo contraditório, nos moldes já expostos.

Primeiramente, as duas normas são extraídas de leis de igual hierarquia, não sendo possível a solução por tal critério.

O critério cronológico levaria à aplicação da norma extraída do Artigo 10 do Código de Processo Civil. Contudo, pelo critério da especialidade, prevalece a norma do Artigo 383 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, por serem critérios que dão uma solução antagônica entre si, sem que se apresente uma argumentação racional, nos moldes da moderna prática jurídica, qualquer solução a se chegar pela utilização dos métodos mencionados, de modo isolado, será inadequada, pois o Direito não mais admite interpretações que ignorem o todo do Ordenamento, ou seja, que desrespeitem a sua coerência e integridade, conforme se mostrará a seguir.

4 – O PRINCÍPIO DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: NÃO SE DEVE INTERPRETAR AS NORMAS JURÍDICAS DE MODO ISOLADO.

Das diversas acepções que podem assumir a palavra Direito, adota-se, no presente texto, aquela que o define como um *“sistema de normas, emanadas do Estado, com poder de coerção, composto por regras e princípios”* (Dworkin, p. 25, 2010), concepção esta que se aproxima da daquela proposta por Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico e, ainda, à concepção pós positivista da ciência jurídica, que prevalece nos dias atuais, tendo em vista a superação do modelo positivista outrora prevalente e que guiou os juristas até meados do século XX.

Norberto Bobbio assevera que:

“As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento. E será bom observarmos que a palavra ‘direito’, entre vários sentidos, tem também o de ‘ordenamento jurídico’, por exemplo nas expressões ‘Direito romano’, ‘Direito canônico’, ‘Direito italiano’, ‘Direito brasileiro.’” (Bobbio, p. 19, 1999).

Mais adiante, o mesmo Bobbio deixa claro que:

“Só se pode falar de Direito onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” (Bobbio, p. 21, 1999).

As palavras do mestre de Turim são bastante esclarecedoras no contexto apresentado, sobretudo, porque a norma jurídica do Artigo 283 do Código de Processo Penal não pode ser interpretada isoladamente, dando prevalência à especialidade, tampouco, a norma do artigo 10 do Código de Processo Civil Código de Processo Civil não pode ser apontada como prevalente apenas por ser cronologicamente mais nova.

A solução passa antes pela análise das normas em suposto conflito, num contexto de unidade e coerência do ordenamento, destacando-se o fato de que não só de regras é composto o sistema jurídico, mas também de princípios e, quando da aplicação do Direito ao caso concreto, regras e princípios se imbricam, não se excluem.

Para ilustrar o que ora se afirma, importante mencionar o caso *Riggs v. Palmer*, amplamente citado na literatura jurídica sobre Filosofia do Direito, e citado por Dworking na sua clássica obra “Levando os Direitos a Sério”, datada de 1977 com o título original de *Taking rights seriously*.

Em artigo esclarecedor sobre o caso em tela, Engelmann, Honhendorff e Santos, assim o narram:

“Em *Riggs vs. Palmer*, a autora do litígio foi uma das filhas de Francis Palmer, Mrs. Riggs. O caso foi apelado pelo réu Elmer Palmer, neto do falecido Francis Palmer, e também seu assassino, que veio em segunda instância pleitear a decisão da Corte Superior que lhe negara o recebimento da herança, vontade que seu avô havia deixado registrado em testamento.

Os fatos decorrem do assassinato de Francis Palmer, que fora envenenado por seu neto Elmer Palmer, o beneficiário de uma pequena fortuna acumulada por seu avô. Elmer, que vivia com seu avô na época de seu assassinato e sabia

da existência do testamento, veio a envenenar-lhe logo após o novo casamento de seu avô Francis, que era viúvo, porém adentrava em um pacto antenupcial com sua nova esposa; tal mudança traria a Elmer a perda dos bens de seu avô perante o seu falecimento.” (Engelmann, Honhendorff e Santos, p. 324, 2017).

A solução apresentada ao caso acima proposto passa, antes de tudo, pela concepção de completude do Ordenamento Jurídico, ou seja, a norma jurídica que garantia o Direito à herança não poderia ser interpretada isoladamente, de modo a beneficiar o autor do homicídio do autor da herança.

Os autores acima mencionados, citando trecho de obra de Engelmann, detalham o voto condutor do acórdão, proferido pelo juiz Robert Earl. Veja-se:

“O juiz Earl, usando o argumento de que era necessário considerar as intenções do legislador como de especificar a verdadeira lei, votou em sentido diferente. Isto significa dizer que é necessário pensar um pouco mais além das meras palavras utilizadas pelo legislador. Além destes aspectos, o juiz entendia que deveria ser mensurado o contexto histórico no momento de ser interpretada a lei. Além disso, defendia, igualmente, que fossem levados em conta os chamados princípios gerais do direito. Isto representava considerar os princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Dentro desta linha de ideias, o juiz defendia que ‘o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro”.

Desta maneira, a lei sucessória deveria ser interpretada no sentido de negar a herança para aquele que tivesse cometido um homicídio para facilitar o seu recebimento. Este voto foi seguido por outros juízes, fazendo com que Elmer não recebesse a sua parte que havia sido destinada no testamento.” (Engelmann, Honhendorff e Santos, p. 324, 2017).

A menção ao caso Riggs v. Palmer se dá no contexto proposto, sobretudo, em razão do seguinte: caso se fizesse uma interpretação isolada da norma que garante o direito de herança, o autor do homicídio seria o beneficiário. Além do sentimento de injustiça a ser extraído da própria decisão nesse sentido, a repercussão negativa do julgado estimularia comportamentos contrários ao Direito, violando a paz social buscada pelas instituições jurídicas.

Mutatis mutandis, na relação entre Processo Civil e Processo Penal, as normas não podem ou não devem ser interpretadas ou aplicadas de modo isolado ou excludente, devendo ser interpretadas de acordo com o princípio fundamental do Direito, o da unidade do Ordenamento Jurídico.

No caso das normas dos artigos 283 do Código de Processo Penal e 10 do Código de Processo Penal, além da unidade e completude do Direito, há de se dá uma interpretação e aplicação que privilegie os direitos fundamentais, sobretudo, aqueles que constam no rol do Texto Constitucional, conforme se mostrará no tópico seguinte.

5. UMA PROPOSTA À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito pátrio, sobretudo o Processo Civil, passou por uma grande transformação, deixando a tradição privatista e individualista de processo para adotar um modelo publicista e calcado nos direitos fundamentais, estes elencados no extenso rol de direitos constantes no Texto Magno.

José Herval Sampaio Junior, citando Virgílio Afonso da Silva, aduz que:

“A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (ou) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.” (Junior, p. 428, 2010).

Neste contexto, necessária a menção a Kelsen, para quem o Ordenamento Jurídico possui uma estrutura escalonada, analogicamente a uma pirâmide normativa, estando a

Constituição Federal no ápice desta pirâmide e sendo a fonte de validade de todas as demais normas jurídicas, que lhe são hierarquicamente inferiores.

Embora muito se conteste o positivismo de Kelsen, a sua contribuição para a compreensão do Direito é bem relevante, pois é daí que se concebe a necessária obediência de todas as normas jurídicas ao texto da Constituição. É a partir dessa ideia de Ordenamento Jurídico escalonado, que se extrai a superioridade das normas constitucionais sobre as demais normas.

Luiz Guilherme Marinoni aduz que:

“Compreendida a nova concepção de Direito e as principais características do Estado constitucional, isto é, a subordinação da lei às normas constitucionais, a transformação do princípio da legalidade e da ciência do direito, a rigidez da Constituição, a plena eficácia jurídica das suas normas, a função unificadora da Constituição, assim como a imprescindibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de sua omissão e a necessidade de a lei ser aplicada sempre de acordo com a Constituição, resta agora tratar da função que a nova ciência jurídica emprestou aos direitos fundamentais, construindo uma teoria que faz de tais direitos não só um suporte para o controle das atividades do Poder Público, mas também um arsenal destinado: i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos a prestações sociais); ii) a proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos à proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos à participação)... Por outro lado, para se compreender o que o juiz faz quando decide - se atua a vontade da lei etc. -, é necessário entender, além da concepção de direito do Estado contemporâneo, a função dos direitos fundamentais materiais. Mas, como a adequada prestação jurisdicional depende da universalidade do acesso à justiça, do plano normativo processual, da estrutura material da administração da justiça, bem como do comportamento do juiz, também é preciso pensar na relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o “modo de ser” da

jurisdição, ou melhor, entre o direito fundamental processual do particular e a capacidade de o Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional.” (Marinoni, p. 63 – 64, 2006).

De notar-se que todo o ordenamento se funda nas bases de uma Constituição e a interpretação de todas as normas, sejam elas materiais ou processuais, devem ser aplicadas de modo a dá máxima efetividade ao texto constitucional.

Atento a isso, o legislador ordinário estabeleceu, no artigo 1º do Código de Processo Civil que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Sobre o modelo ora discutido, Alexandre Freitas Câmara aduz que:

“O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual”. (Câmara, p. 26, 2017).

É no contexto apresentado, que se propõe que as normas processuais sejam elas de natureza civil, penal ou administrativa, sejam interpretadas a partir das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

Sendo, pois a norma do artigo 10 do Código de Processo Civil a que melhor se amolda à interpretação com base nos direitos fundamentais, não se pode afastar a sua aplicação no âmbito do processo penal, em relação ao instituto da emendatio libelli, ainda que se usem argumentos, até certo ponto, racionais e que tomem por base critérios já tradicionais de interpretação jurídica.

Para Gustavo Badaró,

o brocardo *iuria novit curia* que continua aplicável, somente autorizará a mudança da qualificação jurídica dos fatos alegados no processo, se as partes tiverem tido a oportunidade de se pronunciar sobre o novo enquadramento legal antes da decisão. A finalidade da regra é exatamente evitar a decisão surpresa, ou, como

denomina a doutrina italiana, '*decisione della terza via*.'
(Badaró, p. 375, 2016).

Em suma, somente com a aplicação do Código de Processo Civil no contexto apresentado é possível a preservação dos direitos fundamentais no âmbito do processo penal e evitar decisão surpresa sobre argumentos não levados ao conhecimento das partes para discussão prévia à decisão judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que com as transformações pelas quais passou o Direito, sobretudo, após a Constituição Federal de 1988, não se pode interpretar as normas processuais de modo isolado, em desrespeito à unidade do Ordenamento Jurídico, tampouco deixar de considerar o texto constitucional, em especial, os direitos fundamentais.

Assim, advoga-se a tese de que o instituto da *emendatio libelli* continua válido e eficaz, contudo, não pode ser aplicado de modo isolado e sem considerar o direito fundamental ao contraditório, de modo que a aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil é suficiente para sanar o problema e preservar o direito das partes envolvidas, sem desprestigiar a faculdade de o Juiz interpretar os fatos e apontar classificação diversa da apontada na denúncia pelo Ministério Público.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil.** In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 357-378).

BASTOS, Celso Ribeiro: **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto: **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro. 4ª edição** – São Paulo: Atlas, 2017.

CIVININI, Maria Juliana. **Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio.** *Il Foro Italiano*, Roma, v. CXXII, p. 3, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direito a Sério**. 3ª edição. Editora WMF, 2010.

JUNIOR, José Herval Sampaio **A influência da constitucionalização do Direito no ramo processual: neoprocesso ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável**. In: DIDIER JR, Fredie. Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial. Volume 2. Salvador: Editora Juspdvim, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 4.ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos; ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von. **O caso Riggs vs Palmer como Modelo adequado para decidis sobre os direitos fundamentais no panorama da constitucionalização do Direito no Brasil**. Volume 18, n. 2, p. 321 – 346. Joaçaba, 2017.

A PROPRIEDADE SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

FELIPE TARGÃO SEGURA:

Substituto do 3º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas-SP, graduado em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque, mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito

RESUMO: O presente artigo aborda os delineamentos derivados da Análise Econômica do Direito, particularmente no que diz respeito à propriedade, conceito caro ao instituto jurídico clássico, proporcionando uma breve visão caleidoscópica obtida através deste especial enfoque. Transversalmente, a narrativa basilar apresentada é extraída de conceitos-chaves próprios do âmbito de pesquisas da AED, acerca dos quais são lançadas luzes sobre o conceito de propriedade (direito da), possibilitando desta forma que a partir dessas leituras seja possível compreender a profundidade e complexidade dessas novas matizes acerca da propriedade, erigidas sob a égide conceitual da análise econômica do direito. Dentre os diversos pontos correlatos ao tema, apresentaremos breve introdução ao Teorema de Coase, cujo ponto de partida é suficiente a demonstrar que a amplitude da compreensão do direito com o estudo do direito da propriedade no âmbito da análise econômica do direito. Os assim chamados Custos de Transação e o Teorema Normativo de Hobbes também serão apresentados em sede de breve introdução para estudos futuros.

Palavras-chave: Direito e Análise Econômica do Direito. Propriedade. Teorema de Coase. Custos de Transação. Teorema Normativo de Hobbes.

Abstract: This article approaches the outlines derived from the Economic Analysis of Law, particularly with regard to property, a concept dear to the classical legal institute, providing a brief kaleidoscopic view obtained through this special focus. Across the board, the basic narrative presented is extracted from key concepts of the AED research scope, on which light is shed on the concept of property (right of), thus enabling that from these readings it is possible to understand the depth and complexity of these new nuances about property, erected under the conceptual aegis of the economic analysis of law. Among the various points related to the theme, we will present a brief introduction to Coase's Theorem, whose starting point is sufficient to demonstrate that the breadth of understanding of law with the study of property law in the context of economic analysis of law. The so-called Transaction Costs and Hobbes' Normative Theorem will also be presented as a brief introduction for future studies.

Keywords: Law and Economic Analysis of Law. Property. Coase Theorem. Transaction Costs. Hobbes Normative Theorem.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 DIREITO DA PROPRIEDADE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES; 2.1 Sobre alguns aspectos da propriedade: do titular único; 2.2 Dos titulares múltiplos; 2.3 A delimitação do direito da propriedade; 3 INTRODUÇÃO E DELINEAMENTOS SOBRE O TEOREMA DE COASE; 3.1 Consequências do teorema nos custos de transação; 3.2 Os custos de transação; 3.3 Os custos de transação e a bifurcação dos Teoremas Normativos (Coase X Hobbes); 4. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho encontra-se inserido no âmbito dos estudos dos institutos do direito, no entanto com os aspectos, valores e especificidades derivados da Análise Econômica do Direito.

Essas aproximações de conceitos, conquanto iniciais e delineadas em síntese de narrativas topológicas, pretende acenar para formulações iniciais atinentes ao direito de propriedade sob as lentes das Análise Econômica do Direito, delineando desta forma alguns pressupostos básicos de estudos relacionados a este importantíssimo instituto do direito que a todos diz respeito: a propriedade.

Todavia, na atualizada há uma tendência do conceito de propriedade sofrer alterações, haja visto que nenhum direito é absoluto ou imutável, deste modo, o presente estudo visa demonstrar que existem relevantes aspectos econômicos intrínsecos e extrínsecos na propriedade, que devem ser ponderados quando do seu exercício, pois caso não sejam observados podem prejudicar este direito fundamental.

Sob esta perspectiva, abordaremos preliminarmente aquilo que em AED diz-se custos de transação concomitantemente ao assim chamado Teorema de Coase, finalizando com uma breve introdução ao Teorema Normativo de Hobbes.

2. DIREITO DA PROPRIEDADE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

Dentre as diversas matizes da AED existe uma importante área dedicada ao estudo da sistemática de atribuições de propriedade sobre dados bens específicos. Trata-se de um olhar atento desta especializada vertente analítica pela compreensão do funcionamento acerca da distribuição e troca dos direitos de propriedade e da eficácia, ou não, acerca da destinação eficaz, tanto quanto possível, de *recursos através do mercado* (PORTO; GAROUPA, 2020. p. 165).

A correlação deste estudo com o conceito jurídico de propriedade, entendida aqui como “o conjunto de direitos que estabelece o que os indivíduos podem ou não fazer com os recursos que possuem” (ULEN; COOTER, 2010, p.92).

Para BRUGGER (1962, p. 426) a propriedade é um *poder jurídico* de disposição de uma coisa (*direito de propriedade*) mas também é mais, é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e, ainda, de reivindicá-la de quem injustamente a detenha (PEREIRA, p. 165), à semelhança do dispositivo que encontramos no Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.228 - “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Partindo da moderna doutrina civilista que atribui um conteúdo social ao direito de propriedade, oriundo sobretudo do art. 5º e seus incisos XXII a XXXI da Constituição Federal, especialmente em seu amplo aspecto, classicamente conhecido como direito de sucessão, direito autoral e o direito de propriedade imaterial, entre outras coisas.

Essa virada específica, ocorrida com a Carta de 1988, viria a romper com os outrora vetores patriarcais e individualistas, dando forte conotação a uma voz democrática que viria a assegurar, a partir deste ponto a inviolabilidade do direito à propriedade bem como a *garantia* do direito de propriedade, que *se tornaria* o desde então princípio fundamental, o melhor do seu gênero no âmbito da atividade econômica (PORTO; GAROUPA, 2020:166).

Tal adjetivação a um *status* já por natureza constitucional alçou o tema a uma relevância importantíssima no sistema brasileiro, cujo caráter preferencial tem feito frente a toda uma gama de circunstâncias de ordem econômica, tais como imunizações específicas a determinados tipos de propriedade (a pequena propriedade rural), determinado favorecimentos e/ou abrandamentos regulativos do Estado frente face às médias e pequenas propriedades rurais (desde que produtivas), i.e., desde que mantidas a regularidade e manutenção dessas características basilares, dentre outros direitos de propriedade que caminharam nesta mesma direção (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 166-167).

Diante desse quadro, não levaria muito tempo até que se passasse a existir uma forte e contemporânea tendência marcada pelo intervencionismo solidário, onde uma determinação pré-função (a função socioeconômico-ambiental) deveria ser estritamente observada, sob pena de intervenção Estatal na propriedade do indivíduo, inclusive aquelas utilizações caracterizadas pelo dolo em detrimento de terceiros prejudicados, cujos dispositivos legais possuem o condão de restringir o direito da propriedade.

Neste sentido, lecionam os professores Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (PORTO; GAROUPA: 2020, p. 167), que o conteúdo propriamente jurídico do direito à propriedade passou a se traduzir, ao que denominam de poder-dever, pois além do poder

de exercer seus poderes como proprietário, seu titular é submetido ao regramento constitucional que formata a ideia contemporânea de propriedade.

A título de exemplo temos alocado na Constituição Federal de 1988, especificamente no inciso XXII do artigo 5º, a previsão como um direito fundamental, da função social da propriedade, inserido logo após ao direito de propriedade, isto é, ambos são considerados como direitos fundamentais, devendo coexistirem harmonicamente e nos casos em que sejam conflitantes devem ser relativizados.

Não se pode olvidar da “Lei de Colisão, um dos clássicos ensinamentos do professor Robert Alexy, que aborda a colisão de princípios fundamentais, onde na sua existência alega que um deles deve ceder frente ao outro, dependendo diretamente da dimensão e do peso entre cada um, sendo o resultado uma variável, de acordo com o caso concreto (ALEXY, 2002, p. 51).

Desta forma, o direito à propriedade encontra limitações jurídicas, como a satisfação das finalidades econômicas e sociais, como também a que se preserve o meio ambiente, por isso, sem deixar de ser privada, a propriedade passa a ser avaliada em conformidade com o *interesse público* e, mais do que isto, utilidade econômica. (PORTO: GAROUPA, 2020, pag. 176).

Doutro lado, quer a *teoria econômica do direito*, ao afastar-se de qualquer intenção de definir o significado da propriedade, demonstrar sua nobreza ao buscar prever antes os efeitos daquelas normas relacionadas ao direito de propriedade, particularmente sob o aspecto da sua eficiência e, tanto quanto possível, de sua respectiva distribuição.

Essa compreensão, de cunho basilar, tornar-se-á, portanto, o ponto de partida para que a teoria econômica passe a propor e a reivindicar a elaboração de um sistema de direitos de propriedade, por assim dizer, *clear* (PORTO: GAROUPA: 2020, p. 168).

Justamente, e a partir desse ponto de partida é que a teoria econômica, ao mesmo tempo em que reivindica, se propõe à elaboração de um conjunto metódico de princípios interdependentes próprios aos direitos de propriedade e que sejam, acima de tudo, claros e específicos, inclusive que reúnam condições para estimular as permutas ditas voluntárias e que, ainda mais, respectivos direitos ali correlacionados sejam atribuídos àqueles que derem maior valor ao objeto de sua troca, quer dizer, àqueles que melhor valorizarem em razão de um forte desejo de obtenção do bem e em razão de uma melhor capacidade de pagamento por este mesmo bem (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 168).

Sob este aspecto, temos que a ideia norteadora (*guiding idea*) é obter a compreensão de como uma definição dos direitos de propriedade pode afetar o comportamento (*behavior*) dos assim chamados agentes econômicos, de maneira tal que

uma eventual ausência de “recompensas razoáveis” resultaria num abandono de determinada atividade e, ato contínuo, o consequente esvaziamento quantitativo e qualitativo desta mesma e hipotética atividade principal.

Desse modo, forçosa a conclusão de que a inexistência de uma função jurídica limita a função econômica, sendo certa e verdadeira a afirmação de que a função jurídica age como amplificação da função econômica (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 168).

Ora, na literatura econômica são distinguidos dois significados para a conhecida expressão “direitos de propriedade”, sob um dado ponto de vista, a familiar expressão, cara aos civilistas, designa a habilidade de fruição da propriedade: já por outro lado, é justamente aquilo que o Estado realiza no como atribuição de um direito a um indivíduo.

A discriminação acima possibilita a confirmação de que a aptidão de fruir a propriedade convém à sua função econômica, ao passo que o direito atribuído pelo Estado constitui seu mister jurídico, por assim dizer (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 169).

Com efeito, esclarecem os doutrinadores Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, que os denominados Direitos Econômicos de Propriedade constituem a finalidade procurada pelos indivíduos, por outro lado, já os Direitos Legais de propriedade, constituem o meio legal para que se alcance esse objetivo, os Direitos legais atuam como suporte proeminente, na medida em que a sua interpretação e entendimento são mais auferíveis, mais fáceis de serem analisados, em contrapartida que os Direitos Econômico de Propriedade (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 169).

Deste modo, podemos promover uma separação quanto aos Direitos obre a propriedade entre Econômico e Legais, no qual os direitos legais são os previstos da codificação legislativa do Estado, sendo assegurado por este, dando ainda suporte aos denominados direitos econômicos de propriedade, embora não sejam necessários ou suficientes para a sua existência.

Se configura como uma de suas principais funções dos Direitos Legais, fornecer meios para execução e adjudicação da propriedade, onde a ausência dessas garantias, poderiam resultar em direitos até possuindo valor econômico, no entanto seus ativos e sua troca devem ser autoexecutáveis.

Deste modo, nesse mesmo sentido, ao passo que a possibilidade de usufruir dos direitos de propriedade corresponderia à sua função econômica, a outorga estatal desses direitos encaminharia à sua função jurídica (BARZEL 1997, p. 3).

Arrematando quanto a ponto os professores Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa “Sob o risco de completo esvaziamento, a inexistência da função jurídica limitaria sua função econômica. Assim, a função jurídica dos direitos de propriedade amplifica a função econômica da propriedade” (PORTO; GAROUPA, p.169).

Resta trazer que os direitos reais, ainda que dispensáveis para a subsistência de quaisquer direitos econômicos, salvaguardam a sua estabilidade e, a respeito dessa consideração é possível verificar que aqueles direitos que um dado indivíduo possui sobre um bem são equivalentes na expectativa e na aptidão, em termos de expectativa, de um consumo direto ou mediante permutas, quer dizer, de realmente dar uma função econômica, transacional, ao direito legal de propriedade.

Entretanto, e rotineiramente, essas referidas permutas estariam sujeitas ao cumprimento prévio de cláusulas pré-estabelecidas não somente pelos contratantes, mas, sobretudo, pelo ordenamento jurídico vigente ao tempo de sua vinculação.

Poderá ser que o Direito, através da sua interferência, possa realmente concorrer para a eficiência destas negociações (trocas), contudo, haverá situações em que a interferência jurídica, por assim dizer, acabará por reduzi-la, preferindo-se a inalterabilidade de cláusulas pré-estipuladas em virtude da livre iniciativa dos próprios interessados (nesse caso, negociantes), razão pela qual torna-se imperativa que a díade Direito e Economia passem a ser necessariamente conciliadas (PORTO; GAROUPA, p. 170).

2.1. Sobre alguns aspectos da propriedade: do titular único

Existem ainda inúmeros outros aspectos da propriedade, tais como o do titular único, cuja lógica implicação o favorecimento de um só agente decisório, ou seja, a pessoa responsável pela toma de decisões sobre a utilização do recurso e que, de modo direto, suporta os efeitos de suas tomadas de decisões (*efeito de retrotração*), sendo esse mesmo indivíduo aquele que irá decidir ou não pela venda ou conservação do bem da vida, com o bônus de uma redução de custos se comparado à situação em que haveria uma multiplicidade de agentes decisórios (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 253).

Um importante ponto sobre essa questão é trazido pela análise econômica do direito ao entender que a propriedade deve pertencer àquela pessoa que esteja em melhores condições de garantir uma valorização ou exploração, do ponto de vista do rentável, do recurso em questão. Desta forma,

Se não for desde o início o titular, é preciso, seguindo a lógica exposta no capítulo dedicado ao teorema de Coase, cuidar para que adquira, de quem seja o titular, uma vez que fará melhor uso (mais rentável) do que aquele, ao mesmo tempo em que se exclui a

operação inversa, dado que o rendimento inferior não permite compensar inteiramente o titular “mais produtivo” para induzi-lo a ceder sua propriedade. Nessas circunstâncias, é melhor atribuir a propriedade, imediatamente, à pessoa em questão, economizando uma transação (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 253).

2.2. Dos titulares múltiplos

Se, por um lado, a propriedade de titular individual é, indubitavelmente a sua manifestação mais comum, contudo, não é a única, visto existirem numerosos casos em que um recurso, de natureza escassa, ser justamente explorado por outras formas de propriedade que, ao final conferem direitos a uma pluralidade de pessoas ao mesmo tempo.

Esse modelo surge com os direitos assim chamados “desmembrados”, tais como a locação enfiteútica, ou ainda o usufruto de uma propriedade: aqui tanto o enfiteuta como o usufrutuário, e ainda o nu proprietário dividem as atribuições pertencentes ao proprietário, de maneira que seus direitos são, por assim dizer, complementares.

Contudo, importante observação, é a de que é necessário não se confundir as situações de pluralidade de titulares, onde todos têm acesso ao bem comum, com aquelas de um recurso de livre acesso. Aqui qualquer pessoa pode se permitir o monopólio ou a exploração do recurso desejado, com bem lhe parecer. Mas isso só é aceitável (e viável) para recursos ditos “abundantes” e não para o oposto. Qualquer outra hipótese que se diferencie disso – o que é o caso de quase tudo o que nos cerca no mundo tangível – desembocará no risco de *induzir ao esgotamento do recurso*, seja ele em decorrência do excesso de consumo ou ainda pela falta de incentivo para a criação ou preservação necessárias (Macckay; Rousseau, 2020, p. 255).

Existem ainda inúmeros outros aspectos atinentes à propriedade, tais como os direitos desmembrados, que visam obter um contrato com quem possua interesse na melhora da exploração do bem, a doutrina do *numerus clausus*, uma das primeiras funções que a publicidade registral visa a assegurar, concretizada pela inscrição nos registros de imóveis, muito além da publicidade, a informação a terceiros, aqui, adquire uma otimização pela *limitação da variedade de direitos suscetíveis de inscrição*, ou seja, *os direitos reais não podem, no sistema civilista, adotar formas que não as previstas na legislação* (Mackaay; Rousseau, 2020; p. 256-257).

2.3. A delimitação do direito da propriedade

Na visão do economista, todo e qualquer uso possível de um bem pode constituir uma *property right* (direito de propriedade), com particular atenção à atribuição e os efeitos de estímulo deles decorrentes. Por outro lado, sob a ótica do jurista, a questão reside em saber quais prerrogativas devem ou não ser agrupadas para a formação substancial de um direito em sentido jurídico.

Assim, (MACKAAY; ROSSEAU, 2020; p. 258-260) para determinar as prerrogativas, convém reuni-las de modo a formar um direito em sentido jurídico, a análise econômica propõe um teste em dois tempos. Primeiro, não especificar o direito salvo na medida em que a emergente escassez o imponha.

Sendo esse o caso, aplicar o teste do contrato hipotético: para uma prerrogativa determinada, acrescer o conjunto de prerrogativas que o proprietário já tem, se for plausível, que a tenha adquirido de outrem não sendo proprietário desde o início.

A compra ocorreria se o proprietário fizesse utilização mais valorizada dessa prerrogativa do que a outra pessoa, de forma que a transferência seria vantajosa em um sentido, mas não no inverso.

O contrato é hipotético e não seria realmente celebrado, concluído: os custos de transação proibitivos impedem a conclusão. No caso contrário, pode-se deixar o mercado funcionar, como já vimos no capítulo dedicado ao teorema de Coase. O teste do contrato hipotético já foi apresentado em discussão do teorema de Coase. Assegura, em princípio, que os diferentes usos estão reunidos nas combinações as mais valorizadas.

Do exposto até aqui verifica-se que a análise econômica da propriedade, já iniciada há meio século sobre a intuição de que se a propriedade é condição essencial de funcionamento do mercado, não é de veras imutável, visto que dado uma vez para todos os interessados fora do sistema econômico, *contrário sensu*, integra parte dos elementos com os quais os agentes econômicos podem bem tentar realizar uma modificação na busca pela maximização da riqueza.

O desenvolvimento dessa performance espraia-se nos seguintes termos propostos por Ejam Mackaay e Stéphane Rousseau (MACKAAY; ROSSEAU, 2020, p. 258-260):

O direito é, em geral, parcimonioso quanto à especificação dos direitos de propriedade a fim de que não se afastem dos usos comuns, criando conflitos. Na medida em que novas utilizações são descobertas, podem dar lugar a externalidades, que requerem que as instituições jurídicas existentes sejam precisadas, Isso abre espaço para uma concepção dinâmica da propriedade, que determina, com maior precisão, como essa instituição será estendida a novos bens.(...)

Que prerrogativas devem ser reunidas em um único direito de propriedade, no sentido jurídico? (...) **A análise econômica do direito oferece explicação que permite que o jurista “saia” de seu quadro de reflexão habitual**. (...) **A análise econômica leva a considerações de externalidades, autopaternalismo (precaver-se contra decisões que se lamentaria), e paternalismo puro, que remetem a particularismos do processo político**. O exame de diferentes regras que compõem o regime de aquisição e de transferência da propriedade demonstra uma lógica subjacente cujo escopo parece ser incentivar a boa gestão e a prudência e desencorajar o oportunismo. Espelha a ideia de que o direito civil, como a *common law*, seria influenciado pela busca de eficácia no sentido que os economistas dão, habitualmente, ao termo

Desse modo, o direito dos bens, tal como também é conhecida a propriedade, proposta sobre as luzes da análise econômica do direito tem sido objeto de muitos estudos, sobretudo no âmbito do direito comparado, demonstrando dessa maneira sua total utilidade inclusive sob a perspectiva de sua cada vez maior integração ao ensino universitário.

3. INTRODUÇÃO E DELINEAMENTOS SOBRE O TEOREMA DE COASE

Foi nos idos 1960 que se iniciava o atual movimento de análise econômica do direito. O motivo foi simples, mas não menos avassalador. Ronald H. Coase, economista britânico, publicava naquela década um artigo específico sobre o custo social cujo título era *The Problem of Social Cost*.

Para a ciência econômica que já havia trilhado ao menos a primeira metade do século XX, algo de parecido já havia sido formalizado, ao menos no âmbito da intuição em Adam Smith, que considerava que se a economia fosse deixada nas mãos dos atores, haveria, por consequência, de ocorrer uma evolução, era o que se esperava, ao menos, a saber, uma evolução dos melhores arranjos sobre a ótica de bem-estar de todos (DEMSETAZ apud MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 201).

Advinda da teoria dos jogos de barganha, cujo mecanismo se propõe à efetuar a negociação orientativa da ação e da resposta dos indivíduos e suas múltiplas motivações, constituindo por isso mesmo, uma convenção (RÍOS, 2018, p. 277), base portanto da elaboração de uma nova teoria econômica da propriedade e do direito de propriedade, esse novo *modus operandi* viria a possibilitar a compreensão de que quando os indivíduos realizam uma negociação é inerente a esta mesma negociação a concordância

por meio de um acordo que aborde as questões relativas às próprias condições de interação e de cooperação.

Algumas vezes, essas mesmas condicionantes transformam-se em uma imposição exterior, exatamente como as condicionantes estabelecidas pelo direito, mesmo assim, e apesar disso, estas condicionantes jurídicas perdem espaço para a eficácia daquelas condições estabelecidas entre os próprios indivíduos entre si (ULEN; COOTER, 2010, p. 170).

Era Coase, através de seu teorema cuja gênese adviria da análise de determinados casos paradigmáticos extraídos da jurisprudência norte-americana e inglesa, quem apresentaria as duas premissas básicas para alcançar uma aplicação que fosse eficiente do ponto de vista dos recursos empregados em casos de negócios sobre a propriedade, a saber: uma clara definição acerca do direito de propriedade e ausência de custos de transação entre os agentes entre si (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 171).

Importa ressaltar aqui que o significado da locução “direitos de propriedade” encontrado no Teorema de Coase não é o mesmo que o habitualmente conhecido e adotado na esfera do direito, justamente porque o teorema propriamente dito não se refere literalmente a “direitos reais”, visto que a tradução correta do termo *property rights* constante da teoria de Coase, diz respeito à *entitlements*, isto é, direitos e não *property rights in rem* que, ao final, seria o “direito de propriedade” (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 171).

A quintessência desta teoria (de Coase) estava em considerar que o dano poderia não ter sido causado apenas por uma das partes numa negociação, mas certamente uma delas, ao menos uma, estaria obrigada a assumir, ou seja, arcar, com o prejuízo resultante.

Numa concepção coaseana, é a externalidade que não pode ser internalizada, absorvida, necessariamente, por quem foi o autor de sua causa. A regra é que ela seja internalizada por quem melhor absorver o prejuízo com a menor perda (custo), conforme se pode verificar dos efeitos dessa simples relação em termos exemplificativos e propriamente locucionais (PORTO; GAROUPA, pag. 171):

Não se confunda a “causalidade jurídica” (A provocou o acidente que B sofreu) com a “causalidade econômica” (o acidente decorre de A e B estarem no mesmo local naquele momento. No segundo caso o prejuízo ao ser arcado por B não pode ser considerado injusto porque ele é tão causador como A. Para melhor compreender o Teorema de Coase, imaginemos a existência de um conflito entre dois indivíduos que envolva a depredação da propriedade de um por uma conduta do outro. Esboçada a hipótese, devemos analisar o conflito por duas perspectivas, uma jurídica e, outra, econômica. Do

ponto de vista jurídico, faz-se necessário investigar se a depredação é legitimada pelo ordenamento jurídico e, concomitantemente, se a parte lesada pode se defender juridicamente da agressão. Por um critério material de justiça, o responsável pelo ato ilícito deve, inexistindo excludentes para sua responsabilização, indenizar a parte que suportou os prejuízos, ou interromper as interferências indevidas. Em relação ao aspecto econômico, porém, a recíproca não é verdadeira. Do ponto de vista econômico, para fins de eficiência, o que se impõe ao caso concreto corresponderá àquilo que promova a alocação eficiente do direito de propriedade. Pode ser que aquele que sofreu o dano esteja na melhor posição para arcar com ele, ou seja, a um custo mais baixo, consiga absorvê-lo.

Retomando alguns aspectos importantes, verifica-se que a compreensão do discurso jurídico sobre a propriedade é de que esse direito não pode existir senão por intermédio do reconhecimento pelo Estado, garantida a proteção pública, uma forma de observação que oculta importante parte da economia.

Essa cooperação do direito privado para com o “crescimento econômico”, ou seja, para com todo o corpo social, pode ser descoberta “por intermédio do mercado”. Uma colaboração que não é menos real e que nos permite compreender nossa atual correlação com a instituição do direito de propriedade privada (NORTH/THOMAS apud MACKAY: ROUSSEAU, 2020, p. 239).

A propriedade em sua estrutura é a soma de exclusividade com o uso, frutos e faculdade de transferir, cuja fórmula precisa ser preenchida por um conteúdo abstrato e variável de acordo com a natureza de seu objeto. Distinção fundamental para isso é a de bens móveis e imóveis, o que, do ponto de vista econômico, se justifica em razão da especificação da propriedade possuir uma variação muito significativa entre essas duas classes de bens. Os imóveis, é sabido, são representativos de uma importantíssima parcela no que respeita ao montante (valor) do patrimônio do proprietário.

É o valor que justifica se serão tomadas ou não determinadas precauções acerca da sua transferência, cuja intenção é a de se evitar incertezas a respeito do titular, toda sorte de fraudes, eventual arrependimento (do vendedor), instrumentalização jurídica do negócio via documento público (escritura pública, a depender do valor), ingresso no sistema de registro, inclusive a amplitude quanto ao prazo de prescrição aquisitiva do que para os bens móveis (MACKAY; ROUSSEAU, 2020, p. 250-251)

Assim, a propriedade como instituição de vocação geral que é, pode ser também amplificada para que abarque novos objetos e nesse ponto a teoria da propriedade tem

absorvido lições sobre a emergência de direitos, prevendo inclusive que os direitos somente serão articulados no momento em que se tornar possível a multiplicidade de usos, com o surgimento da escassez, resultando inclusive em prováveis conflitos.

Sob este aspecto a propriedade é o *feedback* a esse desenvolvimento, pois que acessível aos interessados por ela, desde que dela se possa garantir um *minimum* de exclusividade.

Exclusividade esta que, agregada à liberdade de contrato e tendo lugar garantido na jurisprudência do tempo, sob forma de sanção dos atos ditos puramente parasitários, possibilitará a “modelação” de um direito sobre um novo objeto (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 252):

A propriedade, qualquer que seja sua forma, mesmo protótipos, cria incentivo à administração prudente e à inovação: leva à criação de mercados cuja função é facilitar o encontro de ofertantes e demandantes de bens, reforçando os efeitos de incentivo dessa instituição, a propriedade. Os mercados induzem à criação de informações sobre os bens negociados e certa padronização. Dessa forma, os bens evoluem mais rapidamente na direção dos usos mais valorizados.

Certamente para todo e qualquer jurista a intuição de Coase tem muitas ideias impactantes, elas perfazem um convite à reflexão acerca do protagonismo do direito na economia.

A aplicação pode ser facilmente demonstrada no quadro abaixo, a partir de sua versão mais simplificada, baseada num protagonismo entre vizinhos, um consultório médico e uma marcenaria, a seguir reproduzida (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 206) nos seguintes termos:

Imaginemos, em passado longínquo, a seguinte situação, uma marcenaria próxima do consultório de um médico que pratica medicina geral e psicanálise. A interação entre os dois vizinhos se desenvolve sem atritos até o momento em que a marcenaria, pelo sucesso de suas operações, instala máquinas mais potentes, fonte de barulho e vibração, incomodando o médico. De súbito, a clientela do médico diminui, o que lhe causa perda de parte da receita. Presuma-se que ele não encontra, nas imediações, nenhuma pessoa ou instituição incomodada pelo barulho ou a vibração.

Para resolver o problema, há duas opções que seriam as menos onerosas, a primeira, sob controle da marcenaria, consiste em instalar isolante nos muros; a segunda, sob controle do médico, construir um consultório em local mais distante da marcenaria na

sua propriedade. Os custos de ambas as soluções são consideráveis, mas inferiores aos danos e inferiores às perdas ocasionadas.

Presuma-se que, adotada uma ou outra solução, o médico recupere, imediatamente, sua clientela e que as perdas ocasionadas pela redução temporária da clientela sejam não significativas.

Do ponto de vista do direito, podem ser observados sob duas formas, a primeira, a marcenaria é responsável pelas perdas causadas ao médico, por outro se observar sob outro prisma, a marcenaria não é responsável, pois o barulho e as vibrações são considerados como parte dos inconvenientes normais da vizinhança.

A demonstração do teorema de Coase deveria estabelecer que a solução que as partes chegam depende do custo das diferentes soluções possíveis e não da regra jurídica aplicável. Como há duas soluções técnicas, e duas regras jurídicas, há quatro configurações possíveis que podem ser representadas no quadro de dois por dois. No quadro, procura-se demonstrar que a solução é única para qualquer coluna, enquanto varia por linha.

O teorema de Coase na mais simples versão

	Isolamento da Serraria é mais barato do que a construção de um consultório distante	Construção de um consultório é mais barato do que o isolamento da serraria
A serraria é responsável	<p>A serraria toma a iniciativa</p> <p>Para implantar uma solução não necessita de acordo com o vizinho</p> <p>- A solução escolhida: isolamento</p>	<p>A serraria toma a iniciativa</p> <p>- Acordo: sendo a solução sob seu controle a mais cara, ela busca um acordo com o médico</p> <p>- Solução escolhida: construção de um consultório distante</p>

A serraria não é responsável	O médico toma a iniciativa	O médico toma a iniciativa
	<ul style="list-style-type: none"> - Acordo: sendo a solução sob seu controle a mais cara, busca um acordo com a serraria - Solução escolhida: isolamento 	<ul style="list-style-type: none"> - Para implementar a solução não precisa de acordo com o vizinho - Solução escolhida: a construção de um consultório distante

3.1 Consequências do teorema nos custos de transação

Transações hipoteticamente sem custo eram sustentadas por Coase como sendo uma simplificação figurada para facilitar a compreensão da teoria, fazendo com que se atentasse melhor para o mundo onde as transações são onerosas e a atribuição inicial de direitos poderia justamente tomar a posição final. A ciência do direito aconselharia que num caso em que houvesse elevados custos de transação, o mais correto a se fazer seria conferir o melhor direito à parte que, na hipótese de inexistência de uma onerosidade de custos, teria adquirido da outra, acaso não fosse de antemão a titular, ou, premissa básica.

Atribuir esse direito àquela das partes que mais o valorizassem (MACKAAY: ROUSSEAU: 2020: 214, 215), assim em um conflito de usos que gera perdas ou acidentes, trata-se de imputar a responsabilidade àquela das partes envolvidas que pode, ao menor custo, reduzi-los ou evitá-los (*cheapest cost avoider*).

Do que antecedeu decorre que o papel do direito, e o escopo sobre o qual as regras devem ser escolhidas, variam em função dos custos de transação. Enquanto os custos são pouco importantes, o legislador ou o juiz podem se satisfazer em articular os direitos com relativa indiferença – com a condição de que o façam com precisão – sabendo que a má atribuição será corrigida pelo “mercado”, segundo as necessidades das transações entre partes. À medida que os custos de transação aumentem, essa correção será cada vez menos acessível e terá, como efeito, fazer com que, cada vez mais, se façam boas formulações de direitos.

Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis. Demais disso, os interessados perseguem, também eles, esse objetivo, porque se os custos de transação forem baixos, a busca pela eficiência, até por acordos entre particulares, é mais fácil.

Consequência dessa posição está presente no reagrupamento de prerrogativas que formam um direito no seio do sistema jurídico. Convém modelar os direitos de tal sorte que, se o direito A interessa a pessoas que já tem o direito B, os dois direitos serão

somados, agregados em um só “grande” direito. Assim, a propriedade das terras implica o direito de controlar o que acontece na sua superfície e, em seguida, no subsolo, mas não o direito de sobrevoo em altitude elevada. O fato de reunir muitos direitos de disposição em um “grande” direito reduz os custos ligados à transferência e, portanto, diminui os custos de transação.

3.2 Os custos de transação

Essa teoria possui ainda outras facetas. Coase também empregara no arcabouço conceitual dela a expressão “custos de transação” pretendendo com isso se referir aos diversos embaraços e/ou impedimentos à negociação.

Na sua perspectiva mais favorável, ela será reputada exitosa se os custos de transação tão somente forem iguais a zero, mas mesmo aqui Coase consideraria como isso como improvável de se acontecer. A teoria, contudo, permaneceu tal como assim concebida originariamente:

De acordo com o Teorema de Coase, quando tais custos são suficientemente baixos, os recursos serão usados eficientemente, não importando a distribuição inicial dos direitos de propriedade. De forma resumida, o Teorema de Coase, quando aplicado para resolver disputas sobre os direitos de propriedade, tem a seguinte implicação: **quando os custos das transações são baixos, as partes em disputa estão na melhor posição para resolver eficientemente a questão, sem a participação do Direito e do Estado**

Contudo, uma outra consequência significativa do Teorema de Coase ocorre quando os custos de transação são elevados, porque, sem em outros casos característicos o direito de propriedade não se faz necessário para a eficiente utilização de recursos, ou seja, para os custos de transação baixos como acima exposto, existem outras circunstâncias onde as transações são realizadas a custos elevados.

Neste ponto, o Teorema de Coase desarma a relevância do direito de propriedade em toda sua pujança jurídica, pois a sua utilização eficiente dependerá da destinação inaugural dos direitos de propriedade, melhor dizendo, esses direitos deveriam ser potencializados, mas desde que destinados àquele que melhor os valoriza (ULEN; COOTER, 2010, p. 103), contudo

Nesse sentido, quando os custos das transações são elevados, a intervenção do sistema legal é recomendada para a alocação eficiente do direito de propriedade (PORTO: GAROUPA: 2020:172).

Assim, dentre outras interpretações, temos que a versão inicial do Teorema de Coase é sintetizada nos seguintes termos práticos por Thomas Ulen e Robert Cooter “Quando os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica de direitos de propriedade” (ULEN; COOTER, 2010, p.103).

3.3. Os custos de transação e a bifurcação dos Teoremas Normativos (Coase X Hobbes)

Custo de transação são aqueles que todo em qualquer negócio envolve, quer seja esse negócio de bens, serviços ou mesmo direitos. Uma forma simplificadora de se compreender uma transação é desmembrá-la em três estágios básicos. O primeiro deles surge detectando-se a localização de um potencial parceiro que comungue o fato do negócio (o negociar).

O segundo é a desenvolvimento e a conclusão da negociação entre os protagonistas do negócio (negociantes), que pode então incluir a formulação e um acordo (contrato). Depois vem o terceiro estágio, onde, fundamentalmente, espera-se que a negociação seja finalmente cumprida, significando com isso o acompanhamento do comportamento das partes e a sua consequente punição decorrente de eventuais violações ao contrato pré-estabelecido (acordo).

Síntese desses elementos, a saber, dos elementos do custo de transação, é suscetível de uma subdivisão conceitual (de custos), assim denominados: custos de busca, custos de negociação e custos de execução (POLINSKY apud Porto: Garoupa: 2020:174).

Segundo as determinações de Thomaz Ulen e Robert Cooter é possível que os níveis dos custos de transação possam determinar a norma (regra legal) a ser utilizada.

Nesse sentido, o Teorema de Coase nos diz também que a utilização eficaz dos recursos não está atrelada aos direitos de propriedade naquelas situações em que os custos de transação sejam considerados nulos (ULEN; COOTER, 2010, p.108).

Destarte, temos que a existência de direitos de propriedade pode ser considerada fundamental, desde que os custos de transação não sejam nulos. Na linha de compreensão do que já foi exposto:

Vale ressaltar que os agentes envolvidos em uma demanda sobre direitos de propriedade, se situam em posição preferencial para avaliar o bem objetivo da disputa, assim sendo, é de consequência lógica que é preferível que estes formulem a forma que se desenvolverá a negociação e não um terceiro, como o Estado quando cria normas restritivas ou impositivas, pois racionalmente, se as partes encontram-se em posições preferenciais, será assegurado que os direitos fiquem com a parte que o mais valoriza.

O Teorema Normativo de Coase não se limita ao aspecto mencionado neste exemplo, pois, a premissa até o conceito atual é de que os custos de transação seriam exógenos ao sistema jurídico, sendo determinados por situações de negociação que estão fora do âmbito do direito.

Entretanto, pode-se considerar que alguns desses custos são endógenos ao sistema jurídico, no sentido de que as normas legais podem reduzir ou amplificar os obstáculos às negociações privadas. Desse modo, o Direito pode incentivar ou desincentivar o estabelecimento das negociações, ao diminuir os custos de transação.

Pode-se ainda, considerar como um objetivo jurídico importante a “facilitação” das negociações privadas, por meio da redução dos custos de transação. O sistema jurídico pode fazer isso ao definir os direitos de propriedade de modo simples e claro. Nesse sentido, o Teorema Normativo de Coase pode ser explicitado da seguinte forma: “Estruture o Direito de modo a remover os impedimentos aos acordos privados” (PORTO; GAROUPA: 2020, p. 175).

O princípio é considerado normativo porque oferece orientação prescritiva para os legisladores e está inspirado em Coase na medida em que a troca privada, em circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente. (ULEN; COOTER, 2010, p.109-111)

Já se sabe que tanto os conflitos como as dificuldades de cooperação entre os indivíduos podem se tornar dispendiosos para toda a sociedade, neste aspecto o sistema jurídico tenta, tanto quanto possível, efetuar uma redução.

Pois bem, essa perspectiva de *minimização de prejuízos* já havia sido magistralmente delineada nos textos de Thomas Hobbes (1588-1679), em sua obra intitulada “*Leviatã ou Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil*”, poderosa obra literária forjada durante a Guerra Civil Inglesa, com sua primeira publicação em 1651, rendendo a Hobbes o título de predecessor do contratualismo na ciência do direito.

Esse clássico filósofo compreendia o Estado como uma restrição autoimposta pelos próprios homens, tendo em vista a preocupação sempre latente com a própria conservação.

Hobbes afirmava que tanto a justiça como a equidade, p. ex., são antagônicas à natureza humana, motivo pelo qual era intransponível a necessidade de que um temor a um poder maior, apto a impor o respeito e a ordem, maximamente às chamadas “*leis da natureza*”, compreendidas por ele como *equidade, justiça, modéstia e piedade*.

Por esse exato motivo que para Hobbes, os contratos (*pactos*) “sem a espada”, isto é, sem um poder coator próprio de um Estado forte, não passam de meras palavras (*words*) desprovidas de força e, por consequência, débeis para fornecer a segurança aos indivíduos. (HOBBS 2008. p. 116)

A abordagem mais famosa de Hobbes, quando trata do “estado de natureza” dos homens que, sem um poder comum capaz de impor temor a eles, viviam em constantes estado de guerra, para citar um termo caro a Hobbes, uma “*guerra de todos contra todos*” (HOBBS 2008. p. 86)

Concepção de originalíssima acuidade no tocante à observação da conduta humana, serve também, no que diz respeito à Análise Econômica do Direito, a uma compreensão mais abrangente no que diz respeito à minimização dos prejuízos que decorrem de conflitos *inter partes* quando em negociação, dando origem, portanto ao assim chamado “Teorema Normativo de Hobbes”, que em seu *timing* de cerca de 370 anos atrás reza o seguinte, “O sistema legal deve estruturar-se para minimizar os prejuízos causados pelas falhas em acordos privados” (COOTER, ROBERT & ULEN apud Porto; Garoupa: 2020, p. 175).

Munidos destas aproximações conceituais podemos então vislumbrar o Direito como aquele que em seu propósito, caberia impedir o surgimento de ameaças de cunho coercitivo, depurando os prejuízos decorrentes dos litígios, isso porque, se os indivíduos (aqui, os contratantes) não chegarem afinal a um acordo, perderão o assim chamado “excedente” que decorria das próprias trocas.

Diminuir esse prejuízo só seria possível, segundo o Teorema de Coase, se o sistema de justiça determinasse que os direitos de propriedade fossem destinados à parte que maior valor puder dar a eles. E é por isso que o Direito torna dispensável o intercâmbio de direitos, reduzindo, por conseguinte os custos de transação (ULEN; COOTER, 2010, p. 110).

4. CONCLUSÃO

Os elementos abordados no transcurso deste trabalho seguramente não esgotam a riqueza dos estudos da propriedade sob a particular ótica da análise econômica do direito, suas imbricações e inter-relações entre direito e economia para além do lugar comum, contudo nos possibilitam, a partir da compreensão da função jurídica e econômica da propriedade, apontar para algumas das mais importantes contribuições acerca do assunto, indicando-nos direções a serem desenvolvidas e, quiçá, questionadas sob o ponto de vista do observador, quer seja ele um jurista ou um economista.

Deste modo, tomando como ponto de partida de que o direito constitui-se em elemento fundamental no universo das relações econômicas, foi-nos concedido, ainda que

superficialmente, verificar que esse novo olhar para o direito, em especial o direito de propriedade, pode ser correlacionado a diversas matizes econômicas, disponíveis em um sofisticado arcabouço conceitual, estruturado por um sistema de correlações deste especialíssimo instrumental analítico ora denominado *Análise Econômica do Direito*, mormente em razão da óbvia natureza econômica do direito para com a economia (economia do direito).

Por fim, nossa breve incursão ao Teorema de Coase pretendeu iniciar algumas primeiras aproximações que, de mesmo modo, realizou-se com o Teorema Normativo de Hobbes, trazendo à superfície, sob a perspectiva inovadora de que ambos se constituem ferramentas conceituais para à disposição do jurista atual.

Ponto de partida no âmbito do conceitual, quer o Teorema de Coase evidenciar a grande importância de se bem definir os direitos a fim de facilitar soluções para diferenças quando dos assim chamados usos concorrentes, que jamais deixarão de aparecerem à medida que descobertas e movimentação de pessoas modifiquem a exiguidade das coisas no mundo.

Evocando as palavras de Mackaay e Rousseau, vemos que o Teorema de Coase quer abrir-nos antes uma porta para o direito da responsabilidade ao sublinhar se específico papel na busca de soluções menos onerosas no que diz respeito às utilizações concorrentes.

Novamente, podemos afirmar com Mackaay e Rousseau que no conjunto das obras pesquisadas é possível enunciar que toda discussão ocasionada pela demonstração do Teorema acabou por acentuar ainda mais a lógica unificadora que conecta os dessemelhantes planos do direito, resultando numa introdução ótima para os caminhos da análise econômica das não menos complexas instituições jurídicas que, para além do alto grau de sofisticação e complexidade já conhecido, passam também a ser nutridas pela sofisticação do *design* conceitual advindo da análise econômica do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. New York: Cambridge University Press, Second Edition. 1997.

BRUGGER, Walter. Dicionário de Filosofia. Organizado com a colaboração do Corpo Docente do Colégio Berchmans de Pullach (Munique) e de outros professores. (Tradução Portuguesa de Antônio Pinto de Carvalho) São Paulo. Editora Herder. São Paulo, 1962.

DEMSETAZ, Harold, "Ownership and the Externality Problem", dans Anderson, Terry L. et Fred S. McChesney (dir.), **Property Rights** – Cooperation, Conflict, and Law, Princeton, Princeton University Press, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil**, traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Forgotten Books, 2008.

O, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno, Curso de Análise Econômica do Direito. FGV Direito Rio. Editora Atlas, 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, Aline Cardoso. Inventário por escritura pública em casos de existência de testamento. Criciúma/SC. Faculdade Damásio. Curso de pós-graduação lato sensu em Direito Notarial e Registral, 2019.

MARINONI, Luiz G. **Tutela Inibitoria e Tutela de Remocao do Ilcito**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em:
[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 04/06/2021

NORTH, Douglas C. et. THOMAZ, Robert Paul, **The Rise of the Western World** – A New Economic History, Cambridge University Press, 1973.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Volume 4: Direitos Reais. 27ª. ed. ver, atual e ampliada por Carlos Edison Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIOS, Aníbal Sierralta. Negociação e Teoria dos Jogos. Revista dos Tribunais, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. Sao Paulo: Atlas, 2012.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed. 2010.

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA DO BRASIL

ANA LAURA BAIOCCHI DE SOUZA PARREIRA:
Advogada especialista em Direito Público.

RESUMO: A pesquisa acerca da Lei de Anistia no Brasil deve ser analisada primeiramente pelo conceito de justiça de transição e qual seria as suas dimensões. A partir da compreensão desse instituto, foram analisadas as decisões mais importantes sobre a temática, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras chaves: justiça de transição. Controle de convencionalidade. Lei de Anistia.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Justiça de Transição e suas dimensões. 3. A Lei de Anistia no Brasil e o controle de convencionalidade realizado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O regime militar e suas consequências são sempre trazidos ao debate na atualidade, ante a recente virada democrática ocorrida no Brasil. Na temática, não se pode deixar de fora a Lei de Anistia, cujo objeto foi a anistia de crimes políticos e dos conexos a eles cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A autoanistia sempre foi criticada por organismos internacionais e entidades jurídicas, de modo a considerar que é uma impunibilidade de agentes violadores de direitos humanos. Assim, as controvérsias trazidas pela Lei de Anistia brasileira também foram objeto de decisões das Cortes, constitucionais e convencionais, sendo analisado seus fundamentos no presente artigo.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E SUAS DIMENSÕES

No estudo dos tratados e convenções internacionais podemos observar que não é raro que estes sejam elaborados após um momento histórico em que ficou reconhecida a absoluta violação de direitos humanos, seja por parte de um Estado ou de seus particulares.

Nesse sentido, é evidente a necessidade de se restabelecer a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, de modo a caracterizar uma verdadeira busca de prevenção e reparação às vítimas e às marcas e heranças de regimes autoritários ou massivas violações de direitos.

Sendo assim, a partir desse ponto inicia-se a discussão da necessidade de se estabelecer uma justiça de transição. Conforme ensina RAMOS (2020), a justiça de transição é um instituto que reúne diversas normas capazes de restaurar o Estado de Direito democrático, após a ocorrência de regimes ditatoriais e/ou confrontos armados internos.

A justiça de transição, para estabelecer um cenário mais estável e equilibrado, busca atingir quatro dimensões, definidas por RAMOS (2020) como:

- a) direito à verdade e à memória;

- b) direito à reparação das vítimas e seus familiares;
- c) dever de responsabilização dos agentes violadores de direitos humanos;
- d) formatação democrática das instituições autoritárias.

O direito à verdade e à memória possui dois enfoques, tanto sob a perspectiva de se obter mais informações sobre violações cometidas em governos de exceção, quanto pela imprescindibilidade em se atestar a ocorrência dos fatos, de modo a impedir que estes sejam negados no futuro.

No tocante à reparação das vítimas e seus familiares, é evidente a necessidade de se reparar os danos sofridos pelos indivíduos direta ou indiretamente atingidos pelos atos violadores.

Essa reparação pode se dar de forma pecuniária ou mesmo por meio de obrigações de fazer. Um exemplo a se observar é o Caso Tavares Pereira e outros vs. Brasil, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, em sede de medida provisória, que o Brasil mantivesse um monumento em respeito à memória e à família das vítimas da violação de direitos humanos ali analisadas.

O dever de responsabilização dos agentes violadores permite, por óbvio, que as suas ações ou omissões não passem impunes, de modo a caracterizar o reconhecimento da verdade judicial.

Por fim, na dimensão da formação democrática das instituições autoritárias, vê-se a exigência de se modificar, remover e transformar as práticas estatais, substituindo seus agentes por indivíduos mais capacitados, qualificados e instruídos a respeitar os direitos humanos, independentemente da situação enfrentada.

3. A LEI DE ANISTIA NO BRASIL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 28 de agosto de 1979 foi aprovada a Lei nº 6.683/79 que concedeu anistia a todos os que, no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, cometeram crimes políticos e conexos, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da administração direta e indireta, fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos poderes legislativo e judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em atos institucionais e complementares (art. 1º).

Esse regramento sempre foi objeto de críticas das organizações civis e de atores no sistema do direito, em razão da impunibilidade de casos de absurdas violações de direitos fundamentais.

Dessa forma, em 2010 foi julgada pelo STF a ADPF 153, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob o fundamento de que o disposto no art. 1º, §1º, da Lei de Anistia, abria margem para não punir os crimes de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar.

Além disso, a instituição autora alegou que os atos de violação da dignidade humana não são efetivamente reparados apenas com indenização pecuniária, eis que os responsáveis estariam imunes ao processamento e condenação por seus atos.

Seu pedido, portanto, baseou-se na interpretação conforme à Constituição, para declarar que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos e conexos, não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra os opositores políticos, durante o regime militar. Acrescentando-se, ainda, a declaração de não recepção da Lei n. 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, no momento do julgamento sustentou que a Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e precede o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da CF/88. Assim, não poderiam essas normativas atingirem leis que as tenham precedido.

A Corte Suprema alegou que a Lei de Anistia seria uma lei-medida, disciplinando diretamente determinados interesses, sendo de efeito imediato, concreto e exaurido e, por isso, devia ser interpretada em conjunto com a realidade e o momento em que foi editada, não com a realidade atual. Além disso, a Lei de Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – uma “transição conciliada” do ano de 1979. Por isso, pela maioria, o Tribunal julgou improcedente a arguição⁴⁴.

Assim sendo, essa violação perpetrada pelo Brasil foi levada ao conhecimento do sistema interamericano de direitos humanos no caso Gomes Lund e outros.

No julgamento do caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressaltou a gravidade do crime de desaparecimento forçado, cuja proibição tem caráter *jus cogens* (conforme também decidido no Caso Goiburú e outros, Caso Chitay Nech e outros, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, e Caso Velázquez Rodríguez).

O desaparecimento forçado de pessoas constitui uma violação múltipla que se inicia com uma privação de liberdade contrária ao artigo 7 da Convenção Americana, além de comumente resultar em violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção. Além disso, a falta de investigação dos fatos, configura violação ao artigo 4.1 do mesmo instrumento, que garante que toda pessoa sujeita a sua jurisdição a inviolabilidade da vida e o direito a não ser dela privado arbitrariamente⁴⁵.

Ainda, a Corte entendeu que o desaparecimento forçado ofende o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, estabelecido no artigo 3 da Convenção Americana, uma vez que o “desaparecimento busca não somente uma das mais graves formas de subtração de uma

44 Supremo Tribunal Federal. ADPF Nº 153/DF. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 28/04/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

45 Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 – Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

pessoa de todo o âmbito do ordenamento jurídico, mas também negar sua existência e deixá-la em uma espécie de limbo ou situação de indeterminação jurídica perante a sociedade e o Estado”.

No tocante à Lei de Anistia brasileira, ficou reconhecido que em virtude dessa norma, o Brasil não investigou, processou ou condenou penalmente os agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura. Isso se deu justamente pela interpretação no sentido de que a lei absolve automaticamente todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política”.

O julgado ressaltou que tanto a própria Corte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

Assim, a Corte Interamericana realizou o controle de convencionalidade da Lei de Anistia e decidiu que *“as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”*.

Assim, podemos observar que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi contrária ao entendimento proferido posteriormente pela Corte IDH, momento em que foi protocolado embargos de declaração nos autos da ADPF 153, o qual ainda não foi julgado.

Após, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou nova ADPF (nº 320) sobre a temática, apensada à anterior, cujo julgamento também não foi realizado até o momento.

CONCLUSÃO

No contexto do constitucionalismo e da necessidade de se exercer de modo concreto a dignidade da pessoa humana, com a devida vênua, não podemos considerar a Lei de Anistia como uma lei-medida, resultante de um acordo legítimo de vontades. Tal regramento foi realizado com evidente objetivo de inviabilizar o direito à verdade, à memória e o dever de responsabilizar os agentes que agiram em abuso de poder. Não se pode permitir que violações de direitos humanos sejam perpetradas ao longo do tempo, eis que o desaparecimento forçado é uma violação permanente, conforme decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. E mais, não se pode permitir que vítimas sejam apagadas da história, sob pena de revivermos as mesmas violações em contextos cíclicos de Estado de exceção.

REFERÊNCIAS

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDIÇÃO DOS SERVIDORES “NÃO ESTABILIZADOS” NO QUADRO DE PESSOAL TOCANTINENSE

ANELI SOUZA AMARAL CURY: Servidora pública estadual, advogada licenciada, graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera e especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins.

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou expressamente sobre a obrigatoriedade de concurso de provas ou de provas e títulos para o acesso aos cargos públicos, como regra. As únicas exceções consistem na regra de transição prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a ocupação de cargos de provimento em comissão. Ocorre que o Estado do Tocantins inovou equivocadamente na ordem constitucional, ao prever espécie anômala de ingresso em cargo público de provimento efetivo àqueles que denominou “não estabilizados”. Aos quais foram conferidos todos os direitos e alguns dos deveres que são atinentes aos servidores públicos efetivos dos quadros de pessoal tocantinense. Deste modo, o estudo teve por base a possível infração à Constituição Federal, cujos vícios atenderão proporções incalculáveis, já que muitos dos servidores ocupantes de cargos efetivos, mas “não estabilizados”, começaram a se aposentar pelo Regime Próprio de Previdência, sem a necessária contribuição a este regime, porém, com todas as vantagens a ele inerentes. Assim, intenta-se, além de demonstrar a inconstitucionalidade das legislações que alçaram os cidadãos aos cargos efetivos, sugerir uma solução que atenda tanto ao princípio do concurso público, quanto ao da segurança jurídica.

Palavras-chave: 1. Concurso Público. 2. Estabilização. 3. Regime Próprio de Previdência. 4. Inconstitucionalidade

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 explicitly deals with the obligation to contest evidence or tests and titles for access to public office, as a rule. The only exceptions consist of the transitional rule laid down in art. 19 of the Act of the Transitory Provisions and occupation of filling positions in committee. It turns out that the State of Tocantins mistakenly innovated in the constitutional order, by providing an anomalous kind of entrance into public office effective provision to those he called "non-stabilized". Which they were granted all the rights and some of the duties that are relating

to tenured civil servants of frames tocantinense staff. Thus, the study was based on the possible violation of the Federal Constitution, whose vices meet incalculable proportions, as many of the occupants servers for permanent positions, but "not stabilized," they began to retire the regime Own Pension Plan, without the necessary contribution to this scheme, but with all the advantages inherent to it. Thus, attempts up, besides demonstrating the unconstitutionality of laws that lifted the citizens to actual positions, suggest a solution that meets both the principle of the civil service exam, as to the legal certainty.

Key words: 1. Civil Service Exam 2. Stabilization. 3. Own regime welfare. 4. unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Como uma espécie de servidores estatais, os servidores públicos desempenham suas atividades nas pessoas jurídicas de direito público, como quis delimitar a própria Constituição Federal, de acordo com a redação da seção "Dos Servidores Públicos", nos arts. 39 a 41 deste diploma.

Na organização da Administração Pública, o servidor público detém papel fundamental, pois que seus atos confundem-se com o da própria pessoa jurídica, tendo como base a teoria do órgão ou da imputação, que possui larga aceitação dentre os doutrinadores pátrios.

Diante deste fato, diferenciado das figuras existentes na iniciativa privada, o servidor público, precisou contar com especificidades que facilitassem o desempenho da função pública, de acordo com as regras e princípios atinentes à administração pública, em consonância com o encargo recebido.

Assim, para o atendimento ao interesse público, com a escolha de profissionais melhores habilitados, além de evitar hereditariedade e venalidade para a ocupação de cargos públicos (AGLANTZAKIS, 2015), em prestígio ao princípio da impessoalidade e isonomia, optou-se por selecionar os servidores públicos por meio de concurso público, de provas ou de provas e títulos, nos moldes do que preceitua o inciso II do art. 37 da Constituição da República.

Além do critério de escolha dos ocupantes de cargos públicos, conferiu-se a estes servidores estatais a estabilidade, isto é, o direito de não ser desligado do serviço público, salvo as hipóteses específicas, de maneira a proporcionar maior segurança no desempenho de suas funções e a fim de evitar a utilização destes agentes no atendimento a interesses pessoais dos gestores públicos em exercício.

Atualmente, o regime jurídico dos servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos ou comissionados, é único e preferencialmente o estatutário, pela maior proteção e possibilidade de responsabilização que oportuniza ao servidor estatal.

A Constituição da República de 1988 instituiu a estabilidade como decorrência da aprovação em estágio probatório que, atualmente, após a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, compreende o período de 3 (três) anos, com o objetivo de avaliar se o servidor público aprovado em concurso público detém o perfil necessário ao desempenho das funções inerentes ao cargo ocupado.

Deste modo, o servidor público, para que possa atuar na Administração Pública, com a proteção do manto da estabilidade, em resumo, deve passar pelo crivo do concurso público e, em seguida, pelo estágio probatório, como se depreende do que prevê o art. 41 da Constituição Republicana.

Houve a necessidade de se estabelecer uma exceção à regra da estabilidade, a fim de compatibilizar a transição dos regimes constitucionais, o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) admitiu como estabilizados os servidores públicos que estivessem em exercício, até a data de promulgação da Constituição atual, há pelos menos cinco anos continuados.

Desta feita, identifica-se que a estabilidade do servidor público decorrerá de uma destas duas hipóteses, constitucionalmente previstas, não sendo possível o seu alargamento, sob pena de se incorrer em grave afronta a regras e princípios que também possuem assento constitucional.

Ocorre que no estado do Tocantins criou-se uma figura anômala de servidor público, denominado de “não estabilizado”, que ascendeu a um cargo público efetivo sem a realização de concurso público e sem adequar-se ao disposto no art. 19 do ADCT.

O enfoque da presente pesquisa se dará sobre estes “não estabilizados”, no escopo de questionar se o ingresso destes servidores nos quadros de pessoal efetivo do Estado do Tocantins atende ou não aos necessários requisitos inseridos pela ordem constitucional de 1988.

1 A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1967, após a Emenda nº 1/1969, no § 1º do seu art. 97, com exceção do cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, exigia a realização de concurso público para a primeira investidura em cargo público. Assim, permitia-se que o servidor concursado alcançasse outros cargos sem a necessidade de se submeter a um novo concurso.

A Constituição Republicana de 1988 enrijeceu o sistema do concurso público, fazendo constar no inciso II do art. 37 que o acesso a cargos e empregos públicos continuará a ocorrer por meio de concurso, porém independentemente de ser tratar de primeira investidura ou não.

Art. 37. [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]

No período de 1987 até 1992 não havia entendimento pacífico a respeito da hermenêutica deste inciso II do art. 37 na jurisprudência, ou seja, se a interpretação continuaria conforme a redação da constituição de 1967 ou se a intenção seria a proibição do acesso a cargos públicos de forma derivada, afrouxando a regra do concurso público.

Em 05/08/1992, com o julgamento da ADI nº 231, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu pela inconstitucionalidade das formas de provimento derivado de cargos ou empregos públicos, nas modalidades de ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento, que assim resultou ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. – O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de

provimento que é a "promoção". Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. – O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro. (STF, ADI nº 231, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, julgamento em 05/08/1992, DJ 13/11/1992) [grifamos]

O mandamento constitucional deverá abranger, assim, o acesso a cargos e empregos públicos, ou seja, a Administração Direta e a Indireta, respectivamente, devem se ater à regra do concurso público para a seleção do pessoal que integrará seus quadros, em prestígio ao sistema do mérito (CARVALHO FILHO, 2011).

Por se tratar de regra, portanto, salvo as exceções instituídas pelo próprio constituinte federal, atualmente não resta qualquer dúvida sobre a imprescindibilidade do concurso público para o acesso a cargos públicos efetivos e empregos públicos, tanto para oportunizar-se a seleção dos melhores habilitados para as atividades previstas, bem como para que sejam observados os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, principalmente.

Razão pela qual diversos dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 foram considerados inconstitucionais por configurarem infração à regra do concurso público⁴⁶.

⁴⁶ Resultou confirmado pela ADI 837 a "inconstitucionalidade das expressões 'ascensão' no inciso III do artigo 8º; 'ascensão e acesso' no parágrafo único do artigo 10; 'acesso e ascensão' no § 4º do artigo 13; 'ou ascensão' 'ou ascender' no artigo 17; e 'ascensão', no artigo 33, todos da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990."

1.1 A estabilidade e a efetividade no serviço público brasileiro

O servidor público detém um excelente escudo para o fiel desempenho das funções que lhe dizem respeito, qual seja, a estabilidade.

Esta garantia constitucional, prevista no art. 41 da CF, assegura ao servidor público ocupante de cargo efetivo, após o cumprimento de um período de prova e a submissão a uma avaliação especial de desempenho, que somente em casos excepcionais será compulsoriamente desligado dos quadros de pessoal da Administração Pública a que estiver vinculado.

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Originariamente, a redação deste artigo previa que o direito à estabilidade poderia ser adquirido decorrido apenas dois anos de efetivo exercício, além disso, havia menos possibilidades para o rompimento do vínculo do servidor, apenas os incisos I e II.

Com a Emenda Constitucional nº 19/1998, o prazo para a aquisição da estabilidade aumentou para três anos e incluiu-se a possibilidade de desligar o servidor público estável do cargo ocupado no caso de desempenho insatisfatório na avaliação periódica de desempenho, sendo que esta última inovação teria enfraquecido o instituto (MELLO, 2009).

Em nome da segurança jurídica, constituinte fez constar no art. 19 do ADCT uma norma transitória, como uma forma de estabilidade excepcional, aos servidores que, mesmo não admitidos por concurso público, estivessem no serviço público há pelo menos cinco anos, até a data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Contudo, é oportuno ressaltar que esta estabilidade diferenciada confere ao servidor público abrangido pelo disposto no art. 19 do ADCT o direito de permanecer no

serviço público, o qual deverá permanecer vinculado às atividades laborais de natureza idêntica às quais detinha quando do seu ingresso (MELLO, 2009).

É neste sentido que José dos Santos Carvalho Filho (2011) adverte que:

A norma do art. 19 do ADCT da CF só conferiu estabilização aos servidores, mas não deu ensejo a provimento de cargos, o que só poderia ocorrer se o servidor se submetesse a concurso público e nele fosse aprovado, como o exige o art. 37, 11, da CF. É o típico caso de transformação de emprego em cargo só admissível mediante aprovação no respectivo certame.

Ainda diante do mesmo raciocínio, dispôs o Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 167.635, que o servidor atendido pela benesse do art. 19 do ADCT:

[...] Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título.

Não há que se confundir o instituto da estabilidade com o da efetividade. Este último somente alcança os servidores titulares de cargos efetivos, de maneira a diferenciá-los dos ocupantes de outros cargos, característica esta engendrada com a posse no cargo público de provimento efetivo. Podendo-se concluir, então, que:

- a) pode haver efetividade sem estabilidade;
- b) pode haver estabilidade sem efetividade;
- c) pode haver, concomitantemente, efetividade e estabilidade; e
- d) pode não haver nem estabilidade nem efetividade (caso dos servidores trabalhistas não alcançados pela regra excepcional de estabilização prevista no art. 19 do ADCT da CF) (CARVALHO FILHO, 2009)

A estabilidade no Direito brasileiro pode ser alcançada pelos servidores que necessariamente se submeteram a um concurso público, associado a considerável lapso temporal de exercício no cargo para o qual foram selecionados e aprovados. E ainda, por aqueles servidores públicos estabilizados por força da norma transitória anotada pelo constituinte originário, com as especificidades já anotadas, concernentes a uma e a outra espécie.

Entretanto, somente os que alçaram cargos públicos de provimento efetivo são detentores da efetividade e da estabilidade. É como se manifesta o Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. TEMPO DE SERVIÇO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE INICIATIVA. LEI 10219/92. REGIME CELETISTA. EQUIPARAÇÃO AOS EFETIVOS. 1. Regime Jurídico. Servidor Público Estadual. Competência Privativa do Chefe do Poder Executivo. Ofende o princípio da reserva de iniciativa a eventual ampliação de incidência de vantagens funcionais sem a participação ativa do Poder competente. 2. Regime celetista. Equiparação. Os servidores oriundos do regime celetista, mesmo considerados estáveis no serviço público, enquanto nesta situação, não se equiparam aos efetivos, no que concerne aos efeitos legais que dependam da efetividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte.(ADI 1695, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00225) [grifamos]

A norma do art. 19 do ADCT da Constituição brasileira possibilita o surgimento das seguintes situações: a) o servidor é estável por força do art. 19 do ADCT e não ocupa cargo de provimento efetivo; b) o servidor que se tornou estável nos termos do art. 19 do ADCT ocupa cargo de provimento efetivo após ter sido aprovado em concurso público para o provimento deste cargo; c) o servidor ocupa cargo de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público e é estável nos termos do art. 41 da CR. O STF já se manifestou sobre essas hipóteses e, quanto às listadas nos itens a e b, firmou o entendimento de que, independentemente da estabilidade, a

efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, II, da CR.(ADI 114, voto da rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-11-2009, Plenário, DJE de 3-10-2011.) [grifamos]

Vê-se, sem demasiado esforço, que a estabilidade para os servidores públicos encontra guarida taxativa nestas duas hipóteses, não sendo admitido o elastecimento do benefício da estabilidade a servidores que não atendam a alguma das situações elencadas no texto constitucional.

Por força do princípio da simetria, são regras e princípios que exigem a reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, não havendo permissivo para a inovação fora dos parâmetros rigidamente delimitados pela Constituição Federal.

A exceção trazida pelo art. 19 do ADCT da Carta Federal deve, portanto, ser interpretada de forma restritiva⁴⁷, não sendo admissível exorbitar-se os ditames do mencionado dispositivo, sob pena de infração da regra do concurso público e, especialmente, aos princípios da isonomia e impessoalidade, ínsitos a este preceito.

2 O PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS NO EXECUTIVO TOCANTINENSE

O Estado do Tocantins, desmembrado do território de Goiás em 05/10/1988, surgiu por força do que constou no art. 13 do ADCT. Além disso, sua capital seria criada posteriormente, funcionando em município que serviu de sede provisória até 20/05/1989.

O território pouco explorado social, cultural política e economicamente perfez um significativo desafio para os cidadãos que ali se encontravam, bem como para os administradores públicos, responsáveis pelo desenvolvimento da região, agora, autônoma.

Apesar de haver vedação para que os cargos em comissão tenham atividades concernentes às funções permanentes da Administração Pública⁴⁸, a Lei nº 4, de 23 de janeiro de 1989, criou cargos de provimento em comissão para integrar a administração

⁴⁷ Vide STF RE 599661/MG, mediante o qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal afirmou que "O art. 19 do ADCT, por estabilizar no serviço público quem não ocupa cargo efetivo, configurando, assim, exceção ao republicano instituto do concurso público, deve ser interpretado nos seus estritos termos."

⁴⁸ Como já confirmou o STF na ADI 3.602.

direta do novo Estado, e, com idêntico objeto foi editada a Lei nº 103, de 30 de novembro de 1989.

Em 27/06/1990, com a Lei nº 157, instituiu-se o quadro de pessoal do Executivo tocantinense. Enquanto que o Plano de Cargos e salários ficou a cargo da Lei nº 582, de 24 de agosto de 1993, encargo posteriormente conferido à Lei nº 1.534, de 29 de dezembro de 2004 enquanto que a Lei nº 2.669, de 18/12/2012 revogou esta última e é hoje o diploma que se encontra em vigor.

Quanto ao regime jurídico, o que se depreende da pesquisa efetuada é que inicialmente seguia os ditames da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). E, com a Lei nº 255, de 20 de fevereiro de 1991, instituiu-se o Estatuto Único dos servidores do Estado do Tocantins, a qual foi revogada pela Lei nº 1.050, de 10 de fevereiro de 1999, e, atualmente, a Lei nº 1.818, de 23 de agosto de 2007 é que faz as vezes de Estatuto do Servidor Público tocantinense.

Identifica-se que os cargos públicos inicialmente eram para provimento em comissão e, com o amadurecimento das instituições da Administração Pública, foram paulatinamente realizados concursos públicos para o provimento dos cargos efetivos.

A análise da legislação apresentada permitiu observar que os cargos públicos efetivos e comissionados eram, inicialmente, providos sem a realização de concursos públicos e que, paulatinamente, parecem ter sido realizados para a regularização da situação dos quadros de servidores.

Curioso observar a redação do art. 29 da Lei nº 1.534/2004, por indicar não serem aplicáveis aos servidores públicos do quadro-geral do Poder Executivo as regras da Lei nº 582/1993, a qual trata, exatamente, sobre o Plano de Cargos do quadro-geral do Executivo.

Isto é, ambas tratam sobre o PCCS do Executivo e coexistiram (o PCCS de 1993 somente foi revogado expressamente pela Lei nº 1.588, de 30/06/2005, que tratava sobre o PCCS dos profissionais da saúde), apesar de a regra ser a lei mais nova revogar a lei mais antiga "quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"⁴⁹.

A legislação tocantinense não pareceu guardar toda a regularidade necessária para o provimento dos seus cargos públicos efetivos, de modo que as fragilidades das normas

49 Conforme § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

legais necessariamente macularam a devida ocupação dos cargos públicos por meio do concurso público.

Afinal, os indícios de que o acesso aos cargos efetivos se deu de forma irregular, sem a necessária realização de concurso público, confirmou-se com a edição da Lei 2.669, de 19 de dezembro de 2012, que conferiu tratamento de servidores efetivos a servidores denominados de “não estáveis”.

Art. 1º. [...] Parágrafo único. Integram o Quadro Geral do Poder Executivo os servidores públicos efetivos, os estabilizados e os não estabilizados descritos nesta Lei.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...]

V - Servidor Público, o ocupante de cargo público sujeito ao regime estatutário, subdividindo-se em: [...]

c) Não Estabilizado, o vinculado ao Quadro Geral do Poder Executivo, não efetivo, não abrangido pelo disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, que ingressou no serviço público no quadro de pessoal do Estado de Goiás e optou, expressa ou tacitamente, pelo serviço público do Estado do Tocantins; [...]

Art. 28. Ao servidor público oriundo do Estado de Goiás, não estabilizado, em exercício da atribuição de cargo efetivo no Poder Executivo, é garantida a permanência no respectivo cargo com os direitos decorrentes desta Lei.

Assim, estes servidores receberam equivocadamente um tratamento diferenciado no Estado do Tocantins. Pois que, mesmo sem a realização de concurso público e sem o favorecimento da regra transitória constitucional, foram incluídos nos quadros de servidores efetivos do referido ente federativo.

Passaram inadequadamente a ocupar cargos públicos efetivos, após incontáveis transformações, aproveitamentos, disponibilidades, como é possível inferir diante da análise das legislações que, paulatina e sub-repticiamente estabilizaram e efetivaram servidores em cargos públicos efetivos sem a aprovação em concurso público.

2.1 A inconstitucionalidade do concurso de 1991

O art. 25 da Lei nº 157/1990 estabelecia vantagem a ser utilizada como título em concurso público, daqueles considerados como "Pioneiros do Tocantins"⁵⁰, enquanto que o Decreto nº 1.520, de 8/8/1990 (que se prestou a regulamentar a referida Lei nº 157/1990), em seu art. 29, dispunha que os que detivessem este título teria preferência de nomeação, serviria como critério de desempate, além de ser considerado metade dos títulos necessários para o concurso pretendido.

Importa frisar que o Estatuto Único dos servidores à época, a Lei nº 255, de 20 de fevereiro de 1991, houve a repetição em seu art. 20 e parágrafo único, da prerrogativa ao "Pioneiro do Tocantins", já prevista pelos diplomas acima identificados.

Em 16/10/1990 lançou-se o Edital para o preenchimento de 20.846 vagas, publicado no Diário Oficial do Estado nº 48 e, no item 4.4, havia o indicativo de que somente o "Pioneiro do Tocantins" poderia alcançar o total de 100 pontos, enquanto que para os demais o máximo de pontos seria de 70.

Houve o ingresso de uma ADI, de nº 598, em 07/10/1990. Sendo que em 11/12/1991, deferiu-se liminar para suspender a eficácia dos arts. 25 da Lei nº 157/1990 e do art. 29 e parágrafo único do Decreto nº 1520/1990, sob a justificativa que as mencionadas normas deformam, "de maneira oblíqua, mas eficaz, o concurso a ponto de fraudar o preceito constitucional"⁵¹.

No mérito, a ADI 598 foi julgada procedente⁵², por considerar inconstitucional o Edital, bem como os dispositivos da Lei nº 157/1990 e do Decreto nº 1520/1990, de modo que resultaram nulos os atos de nomeação e posse dos candidatos eventualmente aprovados. É como se pode concluir da leitura do extrato da ata do julgado, onde é possível identificar que a decisão se inclinou para que todo o edital fosse invalidado.

50 Art. 25. Fica instituído o título de "Pioneiro do Tocantins", atribuído aos servidores que vêm prestando serviços à Administração Direta ou Indireta do Estado, bem como às suas Empresas ou Sociedades de Economia Mista, até a data de 03 de agosto de 1990.

§ 1º. O título a que se refere este artigo terá as prerrogativas estabelecidas em regulamento, inclusive para fins de concurso público, correspondendo, neste caso, a trinta por cento (30%) do total dos pontos a serem atribuídos ao candidato. [...]

51 STF, ADI 598 MC, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1991.

52 STF, ADI 598, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/1993, DJ 12-11-1993.

Porém, houve ainda muita celeuma em torno do mencionado concurso, inclusive, com a propositura no Supremo Tribunal Federal das Reclamações de nº 55653 (protocolizada em 30/08/1995) e 5819 (protocolizada em 1º/08/2008).

Em ambas houve a confirmação pela inconstitucionalidade do concurso público, ocasiões em que os julgamentos do plenário do STF foram pela procedência das Reclamações, para a desconstituição de todas as ações tendentes a conferir eficácia ao mencionado concurso público, vejamos como resultou ementada a Reclamação nº 8519:

RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 518/TO. CONCESSÃO DE PONTOS AOS DETENTORES DO TÍTULO DE "PIONEIROS DO TOCANTINS". ANULAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO POR DECISÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO PARA EXONERAÇÃO DOS APROVADOS. 1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 598/TO acarretou a nulidade de todo o certame e, conseqüentemente, dos atos administrativos que dele decorreram. 2. O estrito cumprimento da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal torna desnecessária a instauração de processo administrativo prévio à exoneração dos candidatos aprovados. 3. Reclamação julgada procedente. (STF, Rcl 5819, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-01 PP-00101 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 178-190)

No exame do Recurso Extraordinário nº 202.489, o plenário do STF entendeu não ser necessária a instauração de processo administrativo prévio à exoneração dos candidatos aprovados no concurso de 1991, em atenção ao princípio da autotutela administrativa, aplicando sua Súmula 473, a qual indica que a Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando contaminados por vícios que os tornem ilegais, já que não surgem direitos deles.

53 STF, Rcl 556, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1996, DJ 03-10-1997.

Sendo nulo o ato por decisão judicial, não há se cogitar de instauração de processo administrativo em razão da inexistência de produção de efeitos válidos dele decorrentes.

A uma, porque se afigura inócua a discussão sobre direitos pretensamente titularizados quando o ato que lhes deu origem, em sua essência é inválido.

A duas, porque – levando em conta as características das decisões proferidas por este Supremo Tribunal em sede de controle concentrado de constitucionalidade – à autoridade reclamada cabe tão-somente, não obstante as suas ressalvas pessoais, acatar integral e imediatamente a decisão proferida na ação-paradigma.⁵⁴

Até mesmo por meio de lei tentou-se interceptar a decisão do STF, de maneira a buscar validar os atos oriundos do concurso de 1991, a despeito de todo o sedimentado raciocínio e entendimento expostos – e impostos – pelo Supremo Tribunal Federal. É como se pode visualizar pelo teor da Lei 751, de 7 de abril de 1995, a qual resultou revogada alguns poucos meses depois pela Lei nº 769, de 29 de junho de 1995, vejamos:

Art. 1º. Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a adotar as medidas de urgências necessárias à redução das despesas com pessoal, segundo os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, constitucionalmente definidos.

Art. 2º. Para os fins do artigo anterior e, tendo-se em vista o interesse público, o Chefe do Poder Executivo está autorizado a extinguir, transformar ou criar cargos públicos, atendendo-se os seguintes imperativos de ordem constitucional, legal e administrativa: [...]

II - preenchimento das vagas reservadas a servidores aprovados no concurso público realizado de acordo com o Edital publicado do D.O.E nº 048, de 16.10.1990, judicialmente validado;

Art. 3º. Em virtude da anulação do Decreto nº 9.191, de 06 de dezembro de 1993, e para a preservação da boa fé, da certeza e da

⁵⁴ STF, RE 202489, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1999, DJ 11-10-2001.

estabilidade das relações jurídicas, considera-se convalidado o concurso público referido no inciso II do artigo anterior.

Portanto, não assiste qualquer direito concernente ao cargo público em que se obteve aprovação ou nomeação aos servidores que acessaram cargos efetivos por meio do concurso público de 1991. Haja vista que a investidura viciada obstou o nascimento de qualquer direito ou obrigação dos candidatos, afinal a anulação do certame impediu a produção de qualquer efeito jurídico válido⁵⁵.

2.1 Os remanescentes de Goiás

Importante sobrelevar a figura do “remanescente de Goiás”. Possibilitou-se aos servidores que estavam em exercício a partir de 1º de janeiro de 1989 no serviço público goiano, no território do Tocantins, a opção por integrar o serviço público tocantinense com a manutenção das vantagens funcionais. Em especial, por força do que previu a Lei nº 83, de 27 de outubro de 1989, em seu art. 1º:

Art. 1º. Sujeitam-se ao Quadro Provisório de Servidores do Estado do Tocantins, na situação e com as vantagens funcionais em que se encontravam, os servidores civis e militares, em exercício, a partir de 1º de janeiro de 1989, no território deste Estado, criado com base no art. 13, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

Os denominados “remanescentes de Goiás” podem, então, ser compreendidos como os servidores oriundos do serviço público do Estado de Goiás, estabilizados ou não, que ingressaram no serviço público deste ente federativo em data anterior à criação do Estado do Tocantins, mas em efetivo exercício no território do novo Estado do Tocantins, desde 1º de janeiro de 1989.

Desta maneira, servidores públicos do estado goiano, independentemente do tempo em que estivessem no serviço público de Goiás, ou do vínculo havido para o ingresso – se efetivo ou comissionado –, seriam mantidos em seus cargos, caso optassem por integrar os quadros de pessoal do Tocantins.

⁵⁵ Neste mesmo sentido, o STF se manifestou em diversas outras oportunidades, como é possível visualizar ainda na ADI 1280, PET 902; RCL 481; RCL 519; SS 489; SS613; SS 689; SS 700; e na SS 701.

A Lei nº 104, de 06 de dezembro de 1989, permitiu a continuidade da vigência das legislações goianas provisoriamente, porém, excepcionou aquela concernente a política de pessoal do Estado.

O *caput* do art. 14 e seu §1º da Lei nº 157/1990 previram que os servidores do Tocantins, bem como os de Goiás que optassem por permanecer no novo Estado, proveriam os cargos públicos efetivos, até seu provimento por concurso público, sendo-lhes assegurados os direitos e vantagens.

Art. 14. Até que sejam providos por concurso público de provas ou de provas de títulos, os cargos de carreira do Quadro de Pessoal instituído por esta Lei serão ocupados pelos atuais funcionários do Estado e pelos que optarem por permanecer em seu, serviço, garantindo-se-lhes a continuidade do exercício das respectivas atribuições, com observância do disposto no art. 8º desta Lei.

§ 1º. Aos servidores do Estado, provenientes do Estado de Goiás, são assegurados todos os direitos e vantagens, desde que não conflitem com a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.[...]

Pode-se dizer que os quadros de servidores do recém criado Estado do Tocantins contava, a princípio, com as seguintes classes de servidores públicos: [a] servidores comissionados; [b] servidores não estáveis/estabilizados⁵⁶; [c] servidores estabilizados oriundos de Goiás; e [d] servidores efetivos do Tocantins.

Sobre os “não estáveis”, o inciso II do art. 25 da Lei nº 1.534/2004 determinou a garantia “apenas do subsídio igual ao da classe e da referência iniciais da tabela de subsídio, de acordo com o cargo correspondente”.

Contudo, em 16 de dezembro de 1998, a Lei 1.998 revogou esta determinação e passou a dispor que os servidores não estáveis remanescentes de Goiás integrariam o quadro de servidores efetivos do Tocantins, inserindo-os nas disposições da Lei nº

⁵⁶ Ou seja, servidores que ocupavam cargos de provimento em comissão a menos de cinco anos.

1.534/2004, que trata do Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos servidores do Poder Executivo tocantinense, conforme o tempo de serviço no cargo.

De maneira que, os remanescentes de Goiás alcançados pelo benefício da ADCT atualmente encontram-se nos quadros de servidores efetivos do Estado do Tocantins e, do mesmo modo, entretanto, completamente anômalo, encontram-se inseridos neste rol os servidores “não estáveis”, quer remanescentes do estado goiano ou não.

As legislações tocantinenses encontram grande dificuldade para a organização destes servidores não abarcados pelo art. 19 do ADCT – ou seja, servidores cujo vínculo de ingresso no serviço público era simplesmente comissionado. O que redundou em contorcionismos e inovações de variadas ordens, com o total olvido dos ditames da Constituição Federal pertinentes à matéria.

3 A INCLUSÃO DOS “NÃO ESTÁVEIS” NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA

Os Estados-membros não podem, ao seu puro alvedrio, instituir exceções para que os Regimes Próprios de Previdência atendam seus servidores públicos de modo diferente daquele constante na Constituição Federal e nas normas gerais instituídas pela União, estatuídas na Lei nº 9.717/1998.

A Lei nº 9.717/98 estabelece as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social. De acordo com esta Lei, compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência Social, a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social, bem como o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei (art. 9º, I e II). Com base nesta competência, o Ministério da Previdência Social editou a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009, tendo como objetivo estabelecer, de forma mais detalhada, as regras para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência.⁵⁷

⁵⁷ GOES, Hugo. *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Ed. Ferreira: Rio de Janeiro, 2011.

O RPPS também se submete aos mesmos princípios constitucionais que regem o RGPS (art. 40, § 12, CF), dentre os quais destacamos o equilíbrio financeiro e atuarial, que podem ser assim entendidos:

Equilíbrio financeiro é a garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do regime previdenciário em cada exercício financeiro.

Equilíbrio atuarial é a garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo.⁵⁸

Ademais, o contido no art. 195, § 5º, CF, o qual dispõe que “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, deve também ser aplicado ao RPPS. É importante salientar que a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço do RPPS deverá ser “financiado por uma fonte, não bastando apenas indicar recursos já existentes, sob o risco de padecer de inconstitucionalidade”⁵⁹, como aparenta ser o caso das legislações aqui mencionadas, as quais, deste modo, são inconstitucionais sob mais de um aspecto.

O Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Tocantins, regido atualmente pela Lei Estadual nº 1.614, de 4/10/2005, portanto, não pode atender servidores que não tenham o vínculo efetivo com a Administração Pública (art. 40, § 13).

No escopo de proteger o mencionado ditame constitucional, o STF já decidiu em diversos julgados neste mesmo sentido, a fim de dissipar qualquer dúvida que possa existir, como se depreende dos exemplos abaixo colacionados:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL QUE INCLUIU NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SEGURADOS QUE NÃO SÃO SERVIDORES DE CARGOS EFETIVOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. O art. 40 da Constituição de 1988, na redação hoje vigente após as Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, enquadra como segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social apenas os servidores titulares de cargo efetivo na

⁵⁸ *Manual de Direito Previdenciário*, ob. cit.

⁵⁹

União, Estado, Distrito Federal ou Municípios, ou em suas respectivas autarquias e fundações públicas, qualidade que não aproveita aos titulares de serventias extrajudiciais. 2. O art. 95 da Lei Complementar 412/2008, do Estado de Santa Catarina, é materialmente inconstitucional, por incluir como segurados obrigatórios de seu RPPS os cartorários extrajudiciais (notários, registradores, oficiais maiores e escreventes juramentados) admitidos antes da vigência da Lei federal 8.935/94 que, até 15/12/98 (data da promulgação da EC 20/98), não satisfaziam os pressupostos para obter benefícios previdenciários. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos, para assegurar o direito adquirido dos segurados e dependentes que, até a data da publicação da ata do presente julgamento, já estivessem recebendo benefícios previdenciários juntos ao regime próprio paranaense ou já houvessem cumprido os requisitos necessários para obtê-los. (ADI 4641, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 09-04-2015 PUBLIC 10-04-2015)

APOSENTADORIA – NOTÁRIOS E REGISTRADORES – VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – PRECEDENTE. Conflita com a Constituição Federal a concessão, pelo Estado-Membro, de aposentadoria a notários e registradores nos moldes próprios aos servidores públicos. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.791/PR, publicada no Diário de 03 de setembro de 2006. (ARE 750128 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 11-10-2013 PUBLIC 14-10-2013)

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 34, §1º, da Lei Estadual do Paraná nº 12.398/98, com redação dada pela Lei Estadual nº 12.607/99. 3. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada, por ser evidente que o parâmetro de controle da Constituição Estadual invocado referia-se à norma idêntica da Constituição Federal. 4. Inexistência de ofensa reflexa, tendo em vista que a discussão dos autos enceta análise de ofensa direta aos arts. 40, caput, e 63, I, c/c 61, §1º, II, "c", da Constituição Federal. 5. Não

configuração do vício de iniciativa, porquanto os âmbitos de proteção da Lei Federal nº 8.935/94 e Leis Estaduais nºs 12.398/98 e 12.607/99 são distintos. Inespecificidade dos precedentes invocados em virtude da não-coincidência das matérias reguladas. 6. Inconstitucionalidade formal caracterizada. Emenda parlamentar a projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo que resulta em aumento de despesa afronta os arts. 63, I, c/c 61, §1º, II, "c", da Constituição Federal. 7. Inconstitucionalidade material que também se verifica em face do entendimento já pacificado nesta Corte no sentido de que o Estado-Membro não pode conceder aos serventuários da Justiça aposentadoria em regime idêntico ao dos servidores públicos (art. 40, caput, da Constituição Federal). 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2.791, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 24.11.2006). No mesmo sentido: AI 628.114-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, 2a Turma, DJE de 18.12.2009.)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 79 e 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. IMPUGNAÇÃO DA REDAÇÃO ORIGINAL E DA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30 DE JULHO DE 2003, AOS PRECEITOS. IPSEMG. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E APOSENTADORIA ASSEGURADOS A SERVIDORES NÃO-TITULARES DE CARGO EFETIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 13 DO ARTIGO 40 E NO § 1º DO ARTIGO 149 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (ADI 3106, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-01 PP-00159 REVJMG v. 61, n. 193, 2010, p. 345-364)

Acontece que no ano de 2012, mais especificamente, foram editadas diversas normas que fizeram incluir no Regime Próprio de Previdência tocantinense diversos servidores que não se enquadre nas hipóteses previstas no art. 19 do ADCT, e, conseqüentemente, que não tenha logrado aprovação em concurso público para ocupar cargo efetivo.

É o que se pode visualizar da redação da alínea *c*, do inciso V, do art. 2º da Lei nº 2.669/2012 (PCCS do Poder Executivo), associado ainda ao disposto no seu artigo 28, os quais foram reproduzidos com redação praticamente idêntica, em várias outras normas⁶⁰.

Art. 1º. [...] Parágrafo único. Integram o Quadro Geral do Poder Executivo os servidores públicos efetivos, os estabilizados e os não estabilizados descritos nesta Lei.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...]

V - Servidor Público, o ocupante de cargo público sujeito ao regime estatutário, subdividindo-se em: [...]

c) Não Estabilizado, o vinculado ao Quadro Geral do Poder Executivo, não efetivo, não abrangido pelo disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, que ingressou no serviço público no quadro de pessoal do Estado de Goiás e optou, expressa ou tacitamente, pelo serviço público do Estado do Tocantins; [...]

Art. 28. Ao servidor público oriundo do Estado de Goiás, não estabilizado, em exercício da atribuição de cargo efetivo no Poder Executivo, é garantida a permanência no respectivo cargo com os direitos decorrentes desta Lei.

Além disso, no ano de 2013, mais especificamente em 06/06/2013, a Lei nº 2.726 fez incluir os “remanescentes do Estado de Goiás não efetivos, estabilizados ou não” no Regime Próprio de Previdência tocantinense ao suprimir o inciso I do § 3º do art. 4º da Lei nº 1.614/2005.

Aliás, esta Lei 2.726/2013, com a seguinte ementa “Inclui, no Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos e Militares do Estado do Tocantins – RPPS-TO, os segurados que especifica, e adota outras providências”, inclusive dos demais poderes, tem o explícito escopo de atender servidores públicos que não se enquadrem nas hipóteses previstas constitucionalmente para integrar um regime próprio.

⁶⁰ Lei nº 2.670, de 19/12/2012 (PCCR Saúde) – art. 2º, V, *c*, e art. 35; Lei nº 2.805, de 12/12/2013 (PCCR Adapec) – art. 3º, V, *c*, e art. 17, §3º; Lei nº 2.807, de 12/12/2013 (Naturatins) – art. 3º, *c*, e art. 17, § 3º; Lei nº 2.893, de 19/08/2014 (PECS UNITINS) – art. 3º, III.

Afinal, não haveria sequer necessidade de uma lei, de qualquer âmbito, que diga que a um Regime Próprio de Previdência instituído a este se submeterão servidores públicos efetivos e aqueles contemplados pelos ditames do art. 19 do ADCT da CF/88.

Outra irregularidade é sobre a pretensa fonte de custeio criada para suportar os encargos oriundos desta inclusão indevida não parecem ter aptidão para resguardar o *déficit* ocasionado. O art. 3º desta norma indica que as contribuições previdenciárias que as contribuições previdenciárias passarão a ser recolhidas para o Fundo de Previdência dos Servidores Públicos do Estado do Tocantins (FUNPREV), em noventa dias (a partir de 05/09/2013), acrescidas em 12% (6% pela contribuição patronal e os outros 6% pelos próprios servidores ou pensionistas).

Contudo, questiona-se, não é necessário muito esforço para vislumbrar-se que o equilíbrio atuarial e financeiro dificilmente será assim observado.

Estes servidores antes contribuía para o Regime Geral de Previdência Social, com uma alíquota de 11%, sobre o teto deste mencionado regime. E, com esta nova lei que os inclui no Regime Próprio de Previdência, a grande parte, se não a totalidade, estarão contemplados com aposentadorias integrais, e ainda, com paridade, por terem ingressado no serviço público antes das Emendas Constitucionais que alteraram as regras originais para a aposentadoria do servidor público.

Sendo que ao longo de sua vida funcional não contribuía ou contribuía por tempo irrisório para que pudessem passar para a inativa percebendo proventos de elevada monta, que onerarão todo o sistema de Previdência Social tocantinense de modo incalculável.

Indiretamente, não se exige o cumprimento dos requisitos do inciso III do §1º do art. 40 da CF/88, em especial no que diz respeito aos "cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria", pois, além de não ocuparem cargos desta natureza, os referidos servidores não contribuía para o Regime Próprio por este período, como o constituinte originário exigiu, como forma de não sobrecarregar os Regimes Próprios de Previdência.

Portanto, a inclusão dos "não estáveis" no Regime Próprio de Previdência Social apresenta gravidade tão expressiva que pode comprometer toda a sistemática de aposentadorias para os servidores públicos efetivos em um futuro próximo, causando um verdadeiro colapso nas contas do Fundo Previdenciário, que já passa a dispor montas superiores àquelas arrecadadas.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe como regra para ingresso no serviço público a aprovação em concurso público, com a limitada exceção contida no final do inciso II do

art. 37 (cargos em comissão), bem como com a previsão de estabilização daqueles servidores que estivessem na ativa há cinco ou mais anos, quando da publicação desta Constituição, como se entende do previsto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ocorre que o Estado do Tocantins, de modo a fazer incluir nos seus quadros de servidores efetivos – e, posteriormente, no Regime Próprio de Previdência Social – criou a figura do denominado “remanescente de Goiás” ou “não estável” ou “não estabilizado”. Os quais integram um grande grupo de servidores que passaram a ocupar cargos e funções de natureza efetiva, sem a aprovação em concurso público e sem cumprirem os requisitos do art. 19 do ADCT.

O vínculo destes servidores públicos poderia ser, no máximo, precário, com a ocupação de cargos em comissão, com a submissão e contribuição previdenciária ao Regime Geral de Previdência, consoante previsões constitucionais e legais. Entretanto, todos detêm tratamento legal como se o vínculo efetivo ou a adequação ao art. 19 da ADCT tivessem.

O desequilíbrio atuarial e financeiro afirma-se com clareza solar, pois, além de somente passarem a contribuir para o Regime Próprio de Previdência em setembro/2013, a dedução de sua contribuição para o Regime Geral de Previdência incide sobre o teto deste último sistema, sendo que estes servidores e seus pensionistas receberão quantias, em muitos casos, bastante superiores àquele valor máximo.

Desta maneira, as normas estaduais que “efetivam” servidores públicos, além de transportarem-lhes para o Regime Próprio de Previdência tocantinense, são eivadas de expressiva inconstitucionalidade, com consequências deletérias para todo o sistema previdenciário próprio deste Estado.

Como uma solução para o caso, dever-se-ia, então, tratar estes servidores como se houvessem ingressado no serviço público com vínculo efetivo a partir de setembro/2013, submetendo-se às regras previdenciárias desta época – ou seja, aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição –, e ainda, com a completa observância do §1º do art. 40 da Constituição Federal, isto é: idade, dez anos de efetivo exercício e cinco anos no cargo efetivo.

Espera-se assim que ao menos não se viole mais uma regra constitucional no tocante ao ingresso e à posterior inatividade de servidores públicos tocantinenses.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Pablllo Vinícius Félix de. Acesso a cargos e carreiras via estabilidade excepcional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2029, 20 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12218>>. Acesso em: 5 out. 2015.

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em 29 set. 2015.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Estabilidade e efetividade no art. 19 do ADCT/88.. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1467, 8 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10122>>. Acesso em: 6 out. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 4ª Ed. Ferreira: Rio de Janeiro, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar; COELHO Inocêncio; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOCANTINS. **Lei nº 004, de 23 de janeiro de 1989**. Cria cargos de provimento em comissão integrantes das estruturas organizacionais da administração direta do Estado. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 104, de 06 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre a aplicação da Legislação do Estado de Goiás no Estado do Tocantins, após a promulgação da Constituição Estadual. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 157, de 27 de junho de 1990.** Institui o Quadro de Pessoal da Administração Direta do Poder Executivo e dá outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 255, de 20 de fevereiro de 1991.** Institui o Estatuto Único dos Servidores do estado e dá outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 582, de 24 de agosto de 1993.** Institui o Plano de Cargos e Salários do Poder Executivo do Estado do Tocantins, e dá outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 1050, de 10 de fevereiro de 1999.** Institui o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da administração direta e indireta dos Poderes do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 1534, de 29 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração – PCCR dos Servidores Públicos do Quadro-

Geral do Poder Executivo, e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 1614, de 04 de outubro de 2005.** Dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 1818, de 23 de agosto de 2007.** Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 1998, de 16 de dezembro de 2008.** Dispõe sobre servidores remanescentes do Estado de Goiás não estáveis e altera as Leis 1.534, de 29 de dezembro de 2004, e 1.609, de 23 de setembro de 2005, e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2669, de 19 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração – PCCR dos Servidores Públicos do Quadro Geral do Poder Executivo, e adota

outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2670, de 19 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração - PCCR do Quadro da Saúde do Poder Executivo e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2726, de 06 de junho de 2013.** Inclui, no Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos e dos Militares do Estado do Tocantins – RPPS-TO, os segurados que especifica, e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2805, de 12 de dezembro de 2013.** Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração – PCCR do Quadro de Profissionais de Defesa Agropecuária do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2806, de 12 de dezembro de 2013.** Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração – PCCR do Quadro de Profissionais de Extensão Rural do Estado do Tocantins e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2807, de 12 de dezembro de 2013.** Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração – PCCR do Quadro de Profissionais de Análise, Inspeção e Fiscalização Ambiental do Estado do Tocantins, e adota

outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Lei nº 2893, de 19 de agosto de 2014.** Institui o Plano de Empregos, Carreiras e Salários – PECS do Quadro dos Docentes da Fundação Universidade do Tocantins – UNITINS, e adota outras providências. Disponível em: <<http://al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em 25 set. 2015.

A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

MATHEUS EURICO BORGES CARNEIRO:

Graduação em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione - FACDO (2018), Pós Graduação em Direito Constitucional (2020) e Penal e Processual Penal (2020) pela Faculdade Única de Ipatinga - GM.

RESUMO: Este trabalho tem como proposta o estudo da evolução interpretativa da lei de violência doméstica e familiar contra a mulher, e suas influências no âmbito do país. Procurou-se analisar os principais fatores que resultaram na atual forma de aplicação da referida lei, que merece análise peculiar a partir de princípios próprios. Será demonstrado que os principais avanços na proteção aos direitos das mulheres, notadamente quando vítimas de violência em seus diversos aspectos. Restará evidenciada a importância do aperfeiçoamento da referida legislação que, mesmo após tanto tempo, carece, por inúmeras vezes, de efetividade jurídica. Diante dessa análise, será constatada a indispensável atuação do poder judiciário, bem como a necessidade de formulação de novas políticas públicas pelo executivo, conjugada à ação fiscalizatória do legislativo, sempre com vistas à promoção dos direitos das mulheres.

Palavras-chave: Lei nº 11.340/06. Violência Doméstica e Familiar. Mulher. Interpretação. Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Os diversos livros que analisam a Lei nº 11.340/06 questionam – e respondem – o porquê de a referida lei ter recebido o apelido de “Lei Maria da Penha”. A pergunta pode ser respondida de forma simples: sem o sofrimento de Maria da Penha Maia Fernandes o estado brasileiro não teria estabelecido (ou ao menos demoraria muito tempo para criar) mecanismos legais de proteção à violência praticada contra a mulher.

Maria da Penha ficou paraplégica após sofrer um tiro de espingarda por parte de seu marido no dia 29 de maio de 1983 e, após constatada a realidade concreta do caso o Ministério Público, em 1984 formulou denúncia. Este pontapé inicial ao processo, entretanto, somente resultou na prisão do agressor 20 anos depois – em 2002, e o relato desta história foi suficiente para que em 20 de agosto de 1998 a Comissão Interamericana

de Direitos Humanos – CIDH recebesse petição apresentada pela própria ofendida em desfavor do estado Brasileiro.

O Brasil, entretanto, não demonstrou afeição pela gravidade situação, tanto é que após ter recebido, por 4 vezes, solicitações de informação da CIDH, não apresentou qualquer resposta à Comissão. Esta inércia resultou no Relatório nº 54/01 da Organização dos Estados Americanos – OEA, que concluiu ser o Brasil um país ineficiente em relação ao combate da violência contra a mulher, notadamente pela falta de efetividade das ações policial e judicial. Ao final do relatório, além da indenização no valor de 20 mil dólares a favor da vítima, a CIDH recomendou ao país o cumprimento efetivo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Somente após este vexame internacional o país, por intermédio do Projeto de Lei nº 4.559/04, promulgou em 2006 a referida Lei, que passou a vigor em 26 de setembro de 2006. De fato, “o combate penal à violência contra a mulher foi reforçado pelo importante precedente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso brasileiro “Maria da Penha Fernandes”” (RAMOS, 2019, p. 628). Destaque-se que o projeto de lei não foi sequer do Poder Legislativo, mas elaborado por pelo menos 5 ONGs, sob supervisão da Secretaria Especial de Políticas as Mulheres (órgão vinculado ao Poder Executivo).

É claro que a senhora Maria da Penha foi apenas uma das milhares de brasileiras que já sofreram, algum dia, abusos de gênero, seja por parte de homens ou mesmo de mulheres. A diferença, entretanto, está aí – na incansável luta da ofendida em busca da promoção da igualdade de gênero e na proteção dos direitos das mulheres, configurando uma das forças necessárias à criação da legislação aqui debatida no âmbito no país.

2. DESENVOLVIMENTO

Com a entrada em vigor da Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher pôde se verificar que o poder judiciário se transformou em um verdadeiro direcionador da aplicação da norma nos casos concretos, atribuindo-lhe eficácia necessária ao alcance dos seus objetivos e determinando os casos em que caberia a sua incidência.

Esse é o entendimento compactado por Dias (2019), ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal – STF tem atuado como verdadeiro artífice na busca da finalidade essencial da lei buscando, se não eliminar, reduzir, drasticamente, os números de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ratifica o entendimento apresentado pela renomada autora o fato de a Corte Suprema ter declarado a constitucionalidade da referida Lei no julgamento da ADI 4424/DF, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, na qual foram extraídas as conclusões de que: a) inexistência de violação à igualdade em razão de a Lei nº 11.340/06 ser de aplicabilidade restrita às mulheres; b) a acumulação das competências cível e criminal para

as causas oriundas de violência contra a mulher não causa ofensa à competência estadual para estabelecer normas de organização judiciária; c) a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 para os casos nela tratados é ato legislativo legítimo. Ademais, na decisão foi reforçado o constitucionalismo fraterno, buscando a remoção de preconceitos sociais por intermédio da referida lei.

A partir desta nova interpretação oriunda da maior corte do país passou-se a obter, paulatinamente, a ampliação da tutela jurisdicional na realidade das famílias. Isso porque foi ampliada a competência do juizado da violência doméstica, para tutelar de forma eficaz a ofendida, atribuindo ao supracitado juízo a possibilidade de fixação de alimentos, de julgamento de divórcio, a fixação de valor mínimo de indenização e a decisão acerca da guarda do filho menor. Para mais, passou a se admitir a prisão cautelar em caso de descumprimento de medidas impostas ao agressor, além da possibilidade de aplicação de medidas protetivas no âmbito cível, independentemente da existência de processo penal ou inquérito policial em curso.

Por isso mesmo a atual compreensão social da norma teve forte influência jurídica dos tribunais e juízes, que concretizaram, por meio de decisões, certos entendimentos, dos quais podemos destacar: a impossibilidade de aplicação da norma quando o ofendido for pessoa do gênero masculino; a presunção de hipossuficiência e vulnerabilidade da vítima de violência; a possibilidade de proteção, ainda que a violência não ocorra no âmbito residencial da ofendida; a probabilidade de a mulher figurar no pólo ativo enquanto agressora, quando fundada a agressão em razões do sexo feminino; e a desnecessidade de representação da vítima do ato violento no caso de lesões corporais, ainda que leves e culposas, para que o Ministério Público possa ajuizar a ação (Súmula 542 do STJ).

Vale ressaltar o entendimento de diversos tribunais superiores acerca da possibilidade de aplicação da norma à transgêneros, transexuais e travestis que identifiquem-se com o sexo feminino. Este entendimento, segundo Sanches (2019), foi o mesmo aplicado pelo STF ao apreciar a ADI n. 4.275, na qual reconheceu aos transgêneros o direito de alteração do nome ou do gênero no registro civil, independente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de eventual autorização judicial. A natureza feminina passou a ser protegida pela lei independentemente da condição financeira da vítima, ou mesmo do seu *status* social, como é o caso de atriz famosa agredida por namorado. Além disto, eventual reconciliação entre a vítima e o agressor não torna dispensável a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados penalmente.

No que diz respeito à aplicação de institutos despenalizadores, o entendimento foi aos poucos sendo moldado. Atualmente, é possível afirmar que não é possível a

aplicação ao agressor das medidas previstas na Lei 9.099/95 – tais como a suspensão condicional do processo e a transação penal (Súmula 536 do STJ). Da mesma forma, restou afastada a aplicação de penas restritivas de direito, seja pela prática de crime ou contravenção, desde que praticados no âmbito doméstico contra a mulher, com grave ameaça ou violência (Súmula 588 STJ). Esta interpretação brasileira é diferente daquela estabelecida comparativamente a outros países. Nesse sentido, Ávila destaca que

Nos modelos de responsabilização penal previstos em Portugal e na França é possível a realização de acordos prévios nos casos mais simples, buscando acelerar a intervenção e reservar a atuação do sistema judiciário para os casos verificados mais graves. (ÁVILA, 2014, p. 389)

Entretanto, é compreensível a peculiaridade brasileira acerca da impossibilidade preliminar de acordos. A realidade já demonstrou a sensação de impunidade gerada no corpo social quando da aplicação dos referidos institutos. Constata-se que os algozes sentem-se livres para reiterar a prática de ilicitudes. Esse descumprimento tem se dado mesmo com imposição de medidas protetivas, quem dirá com a mera suspensão condicional do processo. Nos últimos anos, o descumprimento das medidas protetivas evidenciou um estado gravíssimo de desrespeito dos agressores para com as determinações do judiciário. Os noticiários diuturnamente divulgam notícias nas quais agressores são presos em razão do descumprimento de medidas protetivas já estabelecidas pelo judiciário.

Diante dessa nova realidade, o legislador entendeu por necessária a inclusão de um tipo legal específico para o caso de descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgências, medida tomada por intermédio da Lei 13.641/2018. Como forma de agravar a reprimenda, dispôs a lei que no caso de flagrante delito, somente a autoridade judicial poderá conceder fiança. Esta medida merece elogios, pois anteriormente não configurava crime eventual descumprimento da medida protetiva pelo agressor, o que poderia influenciar no seu *animus*.

Especificamente à Lei nº 11.340/06, nos últimos anos houve diversas alterações que visaram buscar aperfeiçoar a norma à realidade dos órgãos de segurança. Foram cerca de 43 alterações (dentre inclusões e revogações) somente no período de 2017 a 2019, com a edição de 10 atos normativos.

Boa parte das alterações citadas está relacionada à ampliação dos direitos das mulheres, como: o afastamento da revitimização; o atendimento preferencial por servidora do sexo feminino; o suporte de profissionais especializados no atendimento à mulher; a requisição direta de serviços públicos pela autoridade policial; o encaminhamento à assistência judiciária; a prioridade na matrícula de dependentes em instituição de educação

próxima, mesmo diante da inexistência de vaga; e a possibilidade do manejo de ação de divórcio ou dissolução de união estável no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (ressalvada a partilha de bens). A criação do tipo penal relativo ao descumprimento de decisão judicial relativa a Medidas Protetivas de Urgência, já comentada anteriormente, também é novidade normativa no âmbito interno da Lei. Há também previsões preventivas à eventual ação do agressor, como a obrigatoriedade de constatação, pela autoridade policial, da existência de registro de porte ou posse de arma de fogo em seu nome, e a possibilidade de o juiz apreender o referido instrumento.

Ganhou relevo a possibilidade (subsidiária) de afastamento do agressor do lar por ato direto do delegado de polícia – na inexistência de sede de comarca, ou pelo próprio policial – quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. Esta alteração foi objeto de projeto de lei semelhante (mas não idêntico) ainda no ano de 2017 (Lei nº 13.505, de 2017), quando foi vetado pelo presidente, sob a alegação de competência indevida nas atribuições das polícias civis (Mensagem de Veto nº 436/2017).

As razões do veto, no cenário atual, não subsistem. A novidade atende ao item 4 “b” da Recomendação nº 54/2001 da CIDH e do Artigo 4º, “g” da Convenção de Belém do Pará, ambas exigindo a simplificação dos procedimentos judiciais e a rápida proteção contra atos que violem os direitos das mulheres. O princípio da reserva de jurisdição é assegurado, pois a autoridade judicial deve ser comunicada em até 24 horas após a imposição do afastamento pela polícia. Ademais, o parâmetro estabelecido atende a proporcionalidade em seus três elementos, pois: a) a adequação é atendida, visto que o atendimento rápido é medida apta para afastar risco atual ou iminente à integridade física da mulher ou dos seus dependentes por conduta do agressor; b) a necessidade é verificada, ao passo que o afastamento do agressor do lar não suprime seu direito à liberdade, ao mesmo tempo em que permite a proteção à integridade da ofendida e dos seus dependentes; c) a medida é proporcional em sentido estrito, pois pondera os princípios do direito à vida e à liberdade, aplicando-se apenas em caso de iminente perigo, resguardada a reserva de jurisdição em ato de posterior apreciação pelo juiz. Portanto, trata-se de inovação legislativa que deve ser mantida no ordenamento jurídico.

Fora da Lei nº 11.340/06 também há previsões relevantes para atuação sistemática no combate à violência doméstica e familiar, das quais se destacam: a obrigatoriedade de notificação compulsória à autoridade policial, no prazo de 24 horas, dos casos de suspeita de violência contra a mulher (Lei 13.931/19), a necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar; e a prioridade de tramitação nos procedimentos judiciais (Lei nº 13.894/19).

Por fim, merece prestígio a Lei nº 10.714/03, que dispõe acerca da disponibilização, em âmbito nacional, de número de telefone destinado a atender denúncia de violência contra a mulher (atualmente nº 180). A importância do contato restou demonstrada pela quantidade de ligações recebidas. Só em 2018 foram registradas 92.663 denúncias e, nos 6 primeiros meses de 2019, 46.510 denúncias, aumentando em 10,93% o número de chamadas relativas ao mesmo período no ano anterior, segundo dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos.

Portanto, é fácil verificar que, mesmo diante dos diversos avanços, há muito a ser feito no Brasil, notadamente no que diz respeito à educação e conscientização da sociedade a respeito do tema aqui debatido.

3.CONCLUSÃO

A ampliação do acesso à justiça, a busca pela celeridade processual e a imposição de medidas mais graves contra o agressor são aspectos que foram implantados com a Lei nº 11.340/06 que visa, mesmo em uma sociedade tão evoluída geneticamente, a proteção à mulher contra diversos tipos de violência. A jurisprudência interna tem sofrido forte influência dos princípios defensivos da mulher estabelecidos no âmbito da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher.

Entretanto, o aperfeiçoamento legislativo juntamente com a imposição de medidas mais gravosas aos agressores não são instrumentos isoladamente suficientes para reduzir as diversas violações de direitos das mulheres. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2019, o número absoluto de homicídios nos quais a vítima é do sexo feminino vem diminuindo nos últimos anos, mas o percentual relativo às vítimas de feminicídio tem sofrido aumento nos registros policiais. Não obstante o argumento o referido aumento pode estar relacionado à inclusão da qualificadora de feminicídio (Lei nº 13.104/15), o fato é que o Brasil tem números alarmantes em crimes de gênero contra a mulher, dos quais se destacam, além do feminicídio, a lesão corporal, a ameaça e o estupro.

Para a superação dessa mazela, a mudança necessária e urgente deve ocorrer de forma estrutural, com investimento em políticas públicas por todos os níveis governamentais, objetivando a valorização da dignidade feminina. O respeito e a compreensão desses valores tão escassos em uma sociedade eminentemente machista só poderão sofrer alterações quando ensinada a sua importância nos primeiros anos escolares, e também com a representatividade social feminina na vida profissional e política, com igualdade em aspectos salariais, de promoção e de ocupação de cargos nos âmbitos público e privado. Essa mudança, como se percebe, não ocorre da noite para o

dia, mas é um dos primeiros passos para a formação de sociedade materialmente fraterna entre homens e mulheres.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom et al. **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais**. Brasília: ESMPU, 2014.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2019**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. **Balanco anual: Ligue 180 recebe mais de 92 mil denúncias de violações contra mulheres**. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/agosto/balanco-anual-ligue-180-recebe-mais-de-92-mil-denuncias-de-violacoes-contra-mulheres>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4275/DF. Rel: Min. Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. **ADI n. 4424/DF. Rel: Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, **Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**, 2001.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha - 11.340/2006. Comentada artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6 ed. rev., e atual. – Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A PRESCRIÇÃO NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

ANA LAURA BAIOCCHI DE SOUZA PARREIRA:

Advogada especialista em Direito Público.

RESUMO: O presente artigo discorre a respeito do procedimento de apuração de ato infracional que ocorre por meio do sistema de tipicidade delegada. Verificada a ausência de normativa específica em relação à prescrição da pretensão pedagógica, é necessário recorrer às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores sobre essa questão.

Palavras-chave: criança e adolescente. Ato Infracional. Prescrição.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O procedimento de apuração do ato infracional em síntese. 3. A prescrição da pretensão pedagógica. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O procedimento de apuração do ato infracional é previsto de forma expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, em seu estudo, é possível observar que existe uma verdadeira omissão quanto à questão da prescrição da pretensão pedagógica, aplicável aos casos de prática de atos infracionais. Sendo assim, diante da necessidade de se respeitar o direito à segurança jurídica, o devido processo legal e a própria vedação à imprescritibilidade como regra, é necessário adotar estratégias de interpretação, buscando por todo o ordenamento jurídico, normas cabíveis ao caso.

2. O PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL EM SÍNTESE

O Código Penal determina que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis (art. 27), sendo sujeitos à norma especial. Sendo assim, as crianças e adolescentes que praticarem atos ilícitos responderão conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, deve ser observado que a sistemática adotada nos procedimentos de apuração de atos infracionais é regida pelo princípio da tipicidade delegada. Esse instituto prevê que os atos praticados por crianças e adolescentes considerados como ilícitos serão aqueles ao menos tipificados para os adultos. Dessa forma, não há uma lei específica ordenando os atos a serem punidos nos termos do ECA, mas sim a utilização de atos infracionais análogos aos crimes já previstos em nosso ordenamento jurídico.

Diferenciando a responsabilização das crianças e dos adolescentes, o ECA prevê que, quando praticado ato infracional por aquelas, somente serão aplicadas as medidas de

proteção previstas no art. 101 do ECA. De modo diverso, aos adolescentes serão aplicadas as medidas socioeducativas constantes no art. 112 do ECA.

Quanto às questões formais do procedimento de apuração de ato infracional, também haverá diferenciação se este for praticado por criança ou por adolescente.

Em razão da impossibilidade de se aplicar medidas socioeducativas às crianças, sua apuração será realizada pelo Conselho Tutelar do Município, nos termos do art. 136, I, do ECA, aplicando as medidas de proteção cabíveis ao caso.

De modo diverso, será instaurado um procedimento de apuração de ato infracional judicialmente, conforme dispõe a Seção V, do Capítulo III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, após a apreensão em flagrante do adolescente, este será encaminhado à autoridade policial competente (art. 172 do ECA), sempre prevalecendo aquela que seja especializada para atendimento de adolescentes em conflito com a lei.

Assim, ao receber o adolescente que tenha cometido ato infracional com violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial deverá, segundo o disposto no art. 173:

- I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;
- II - apreender o produto e os instrumentos da infração;
- III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Não sendo o caso de ato cometido com violência ou grave ameaça, a lavratura do ato poderá ser substituída pelo boletim de ocorrência circunstanciada.

Havendo o comparecimento dos pais ou responsável, o adolescente será liberado pela autoridade policial, com assunção de compromisso e responsabilidade de sua apreensão ao Ministério Público (no mesmo dia ou no dia seguinte), exceto quando, em razão da gravidade do ato infracional e de sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação, como garantia da sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (art. 174 do ECA).

Sendo liberado ou não pela autoridade policial, o adolescente deve ser apresentado ao Ministério Público (arts. 175 e 176 do ECA), momento em que será

realizada a oitiva informal e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas (art. 179 do ECA).

Após a oitiva informal, segundo o art. 180, o Ministério público poderá: (i) promover o arquivamento dos autos; (ii) conceder a remissão; (iii) representar à autoridade judiciária para aplicação da medida socioeducativa.

No caso de arquivamento ou concessão de remissão, os autos seguem para a homologação pela autoridade judiciária. Havendo discordância quanto à atuação do Ministério Público, o magistrado pode fazer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, que pode ratificar a atuação anterior, designar outro membro do Ministério Público ou oferecer diretamente a representação (art. 181, §2º, do ECA).

Havendo continuidade no procedimento por meio de representação do adolescente, a autoridade judiciária, no momento de recebimento da inicial, designará audiência de apresentação do adolescente e decidirá a respeito da manutenção ou decretação de internação provisória.

Nessa audiência inicial, o adolescente e seus pais ou responsável serão ouvidos, momento no qual o adolescente apresentará sua versão dos fatos e contará sobre sua condição social e história de vida.

Sendo o caso de continuidade da apuração, a defesa do adolescente apresentará defesa prévia e rol de testemunhas no prazo de 3 dias (art. 186, §3º, do ECA). Após, será designada audiência em continuação, para que sejam ouvidas as testemunhas, cumpridas eventuais diligências, juntado o relatório da equipe interprofissional, e apresentadas alegações finais no prazo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10.

A autoridade judiciária poderá sentenciar durante a audiência, ou sendo o caso de difícil elucidação, posteriormente.

3. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PEDAGÓGICA

De análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, podemos observar que a pretensão na apuração do ato infracional não possui regramento quanto a sua prescrição. Sequer há menção na referida lei a respeito de prazos, causas de interrupção ou de suspensão.

Apesar de aparentarem um caráter pedagógico e protetivo, as medidas socioeducativas, conforme dispõe a Lei do SINASE no art. 1º, §2º, I e III, também possuem um caráter retributivo e repressivo.

Além disso, são princípios previstos no ECA a intervenção precoce e a atualidade na aplicação da medida (art. 100, parág. ún., VI e VIII). Dessa forma, não há fundamentos para que a atuação estatal na apuração dos atos infracionais ocorra após longo período da prática do fato.

Diante da omissão legislativa, foi necessário recorrer aos Tribunais Superiores para evitar a violação da segurança jurídica, do devido processo legal, bem como da necessidade de celeridade na condução dos processos.

Em enunciado sumulado de nº 338, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas, de modo com que os artigos 109 a 119 do Código Penal, serão utilizados também no curso do processo de apuração de medida socioeducativa.

Nesse sentido, para a análise do prazo prescricional deve-se buscar os prazos de aplicação das medidas socioeducativas, assim como ocorre com os crimes regidos pelo Código Penal.

As medidas socioeducativas possuem os seguintes prazos:

- a) prestação de serviços à comunidade - prazo máximo de 6 meses (art. 117 do ECA);
- b) liberdade assistida - prazo mínimo de 6 meses (art. 118, §2º, do ECA);
- c) regime de semiliberdade - prazo indeterminado (art. 120, §2º, do ECA), mas com o respeito do prazo máximo de 3 anos (art. 121, §3º, do ECA);
- d) internação em estabelecimento educacional - prazo indeterminado (art. 121, §2º, do ECA), mas sob o prazo máximo de 3 anos (art. 121, §3º, do ECA).

Assim sendo, nos casos em que há um prazo determinado para a execução das medidas socioeducativas, como no de prestação de serviços à comunidade, seguirão o prazo do art. 109 do Código Penal, respeitada a diminuição de 1/2 prevista no art. 115 do CP, considerando que os adolescentes são menores de 21 anos.

A discussão é um pouco maior nos casos em que as medidas de internação não comportam prazo determinado. Existem 2 correntes para o estabelecimento do prazo nessa situação. A primeira, que define que será pela diferença de idade entre a atual e os 21 anos (período máximo de aplicabilidade do ECA na prática de atos infracionais). E a segunda, que determina que o prazo seguirá o máximo de 3 anos, estipulado no art. art. 121, §3º, do ECA.

O entendimento atual é pela segunda corrente, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 338/STJ. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA. 4 ANOS. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. Somente na hipótese em que for reconhecida a prática de ato infracional análogo **a crime que possua pena máxima in abstracto inferior a 3 anos (como delitos de menor potencial ofensivo)**, o julgador, para evitar a criação de situação mais gravosa ao adolescente, deve adotar o prazo prescricional aplicável ao imputável em idêntica situação. No caso concreto, foi reconhecida a prática de ato infracional análogo ao delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 - cuja pena máxima excede o limite de 3 anos estabelecido para a medida de internação. **Nesse contexto, deve-se aplicar, por analogia, o prazo do art. 109, IV, do Código Penal reduzido pela metade, a teor do art. 115 do mesmo diploma legal, de modo que o prazo prescricional se consolidaria em 4 anos.**

2. Nos termos do enunciado n. 338 da Súmula do STJ, a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas. **Diante disso, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, uma vez aplicada medida socioeducativa sem termo final, deve ser considerado o período máximo de 3 anos de duração da medida de internação, para o cálculo do prazo prescricional da pretensão socioeducativa, e não o tempo da medida que poderá efetivamente ser cumprida até que a envolvida complete 21 anos de idade** (AgRg no REsp n. 1.856.028/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/5/2020).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.920.059/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 13/10/2021.) (grifo nosso)

Portanto, nos casos em que há aplicação de medidas socioeducativas de prazo indeterminado, deve ser utilizado o prazo máximo de 3 anos da internação, que, em análise ao art. 109, IV, do CP, aplicar-se-á o prazo prescricional de 8 anos, mas em razão da redução pela metade prevista no art. 115 do CP, totalizará 4 anos.

Por fim, quanto ao termo inicial, as causas impeditivas e interruptivas da prescrição, cabe ressaltar que serão aplicáveis na medida em que se adequar ao próprio processo de apuração de ato infracional.

CONCLUSÃO

De análise da legislação infanto juvenil, bem como das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, podemos observar que deve ser assegurada a segurança jurídica também ao procedimento de apuração de atos infracionais. Isso decorre justamente da ausência de justa causa para o processamento da representação quando o fato é bastante antigo, ocorrendo a perda da pretensão pedagógica. Se a possibilidade de punibilização do adolescente sem prazo máximo fosse permitida pelo ordenamento jurídico, evidentemente se trataria de violação aos princípios da atualidade e intervenção precoce, previstos no ECA. Ademais, deve ser destacada a condição peculiar de desenvolvimento das crianças e adolescentes, considerando que sua situação social muda rapidamente e passam por um processo de amadurecimento em um curto espaço de tempo. Assim, muitas vezes pela demora do Estado em exercer seu papel investigativo-punitivo nos atos infracionais, o adolescente não mais se encontra em situação de risco, razão pela qual deve ser reconhecida a perda da pretensão pedagógica.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. DOU, 31.12.1940, Brasília.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. DOU, 16.7.1990, Brasília.

BRASIL, **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Lei que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das

Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. DOU, 19.1.2012, Brasília.

CUNHA, Rogério Sanches. **Na medida socioeducativa aplicada sem termo, o prazo prescricional deve ter como parâmetro a duração máxima da internação.** 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/25/672-na-medida-socioeducativa-aplicada-sem-termo-o-prazo-prescricional-deve-ter-como-parametro-duracao-maxima-da-internacao/#:~:text=A%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20tamb%C3%A9m%20atinge%20o%20s,autor%20na%20data%20do%20fato>. Acesso em: set. 2022.

CYBERBULLYING E A EDUCAÇÃO: A efetividade das políticas públicas nas escolas

CAROLINE LIMA DOS SANTOS:

Advogada trabalhista, especialista em direitos

MARCIA CRISTINA ALVIM

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo possui como objetivo o estudo da evolução do *bullying* para o *cyberbullying*, analisando quais as consequências de tais atos, tanto na esfera pessoal do agredido, bem como a violação de direitos fundamentais básicos da criança e adolescente sendo eles detentores de tais direitos. Deste prisma será analisada os avanços tecnológicos e suas consequências negativas enfatizando o *cyberbullying*, passando pela compreensão dos direitos fundamentais violados por tais atos bem como a evolução do ordenamento jurídico quanto as leis que protegem o aluno contra o *cyberbullying*, finalizando com o entendimento e estudo de aplicação de políticas públicas efetivas para a erradicação de tal prática.

Palavras chaves: *cyberbullying*, *bullying*, Direitos Fundamentais, políticas públicas, instituição de ensino.

ABSTRACT: This article studies the evolution of bullying to cyberbullying, analyzing the consequences of such acts, both in the personal sphere of the victim, as well as the violation of fundamental rights of children and adolescents, who are holders of such rights. From this perspective, the technological advances and their negative consequences will be analyzed, emphasizing the cyberbullying, going through the understanding of the fundamental rights violated by such acts as well as the evolution of the legal system regarding the laws that protect the student against cyberbullying, ending with the understanding and study of application of effective public policies for the eradication of such practice.

Keywords: cyberbullying, bullying, Fundamental Rights, public policies, educational institution.

INTRODUÇÃO

Com a evolução tecnológica, bem como os avanços da internet e seu advento, tanto consequências positivas e negativas advieram, suas mudanças possibilitaram a modificação de como podemos nos acessar ao mundo, como um todo, tanto em nossos trabalhos, relacionamentos, estudos, entre outros.

Podemos observar que a utilização de tal tecnologia encontra-se cada vez mais democratizada, havendo uma facilidade de acesso para “navegar nas redes” por qualquer indivíduo, independente até mesmo da sua idade. Sem nenhuma restrição para quanto os conteúdos utilizados, conforme citado, a possibilidade de utilização de tal ferramenta para o mal pode ser muito mais comum do que pretendido.

Assim alguns atos que antes eram praticados de maneira velada e contida, podem alcançar seu deslinde sem fronteiras. Caso esse que ocorre com o *bullying*, onde o início do seu âmago e suas práticas estavam, muitas vezes, estritamente ligadas com as instituições de ensino, porém com a popularização da internet, disseminou-se esta prática nas redes, surgindo o *cyberbullying*, ato este praticado de forma a reprimir, ofender, insultar outrem por meio digital, onde em sua maioria, iniciado tais práticas nas instituições de ensino.

O ato de reprimir a liberdade, igualdade e fraternidade de um indivíduo trata-se de uma explícita afronta e violação de seus direitos fundamentais, impossibilitando muitas vezes sua prática de cidadania.

O presente artigo tratará de compreender, primeiramente, a faceta do *cyberbullying*, compreendendo os motivos de fato e direito que poderão violar os direitos básicos do indivíduo, prejudicando além de suas interações interpessoais, seu desenvolvimento escolar, uma vez que não possui o direito básico de ambiente sadio para os estudos.

Para enfrentar tal questão, analisaremos primeiramente os meios jurídicos que permeiam tais atos, bem como quais políticas públicas e atos tanto das instituições de ensino por meio da escola em si e dos professores, assim como pais e tutores, poderão agir para erradicar tal situação, bem como as formas de prevenção.

1.O avanço da internet e o bullying na era digital

A internet em sua origem, surge com o objetivo primário de introduzir um novo canal de comunicação rápido e eficiente, especificamente para as bases militares dos Estados Unidos de forma a garantir a comunicação durante a Guerra Fria, caso houvesse possíveis ataques que pudessem as infraestruturas existentes na década de 60.

Dos motivos militares após muitos anos de estudos de universitários e entusiastas no ano de 1990 a internet passou a ter abrangência a população com o desenvolvimento do World Wide Web (www) sendo possível a sua utilização em computadores em esfera mundial, passando a ser comercializada no Brasil apenas no ano de 1995, revestindo-se inicialmente com um caráter empresarial comercial, possibilitando cada vez mais angariar usuários, que conseqüentemente, facilitou a comunicação interpessoal, modificou as

formas de pesquisas, entretenimentos, entre outros, facilitando o dia a dia e até mesmo democratizando o conhecimento tendo em vista seus acessos.

Destaca-se que a própria globalização, muito embora tenha se iniciado há muitas décadas, a sua aceleração deu-se diretamente pelo advento da internet com a modernização das tecnologias, ligando cada vez mais países, empresas, pessoas e por conseguinte maior difusão econômica das empresas em âmbito internacional, trazendo a luz uma nova sociedade considerada pós-moderna e pelos olhares de Zygmunt Bauman uma sociedade líquida, dinâmica e altamente mutável a seguir os passos dos avanços tecnológicos.

Com a expansão da utilização da internet pelos meios de comunicação, como exemplo atuais WhatsApp, Messenger, Telegram, Instagram, entre outros, o controle de tais meios depende muitas vezes exclusivamente do filtro de empresas privadas, que após extensos e infundáveis contrato de termos e condições do uso, passasse despercebido questões de cunho sensível.

É irrefutável que qualquer meio poderá ser utilizado de forma benéfica ou malevolente, podendo propagar boas novas assim como destrutíveis moralmente, a depender somente da índole do seu usuário que se encontra conduzindo seus atos virtuais, e das empresas detentoras dos meios, que buscando cada vez mais usuários, nem sempre possuem interesse em aplicar um filtro adequado de conteúdo.

Fato é este, a nomenclatura dada ao bullying digital, como *cyberbullying*, onde caracteriza-se como o bullying basicamente praticado na esfera digital. Porém para tal compreensão mais aprofundada necessário voltarmos os olhos para o conceito explícito de bullying.

Historicamente, em estudos primórdios que levantaram as questões quanto ao bullying, o mesmo era por si considerado sadio ao ambiente infantil considerando-o como normal para a construção do caráter humano (Campbell, 2005; Limber e Small, 2003), porém após o início da década de 90 com os graves massacres e tiroteios em escolas dos Estados Unidos, dentre elas a mais conhecida o massacre da Columbine High School, onde dois estudantes, considerados à época excluídos da turma, invadiram a escola armados e mataram 12 alunos e um professor, além de vários alunos feridos, iniciou-se estudos mais aprofundados de forma a compreender a conduta das vítimas e agressores do bullying.

Assim, o bullying é definido como uma ação ou um comportamento agressivo de forma física ou psicológica, intencional, praticado por um grupo ou indivíduo de forma reiterada por um longo ou determinado período contra um indivíduo mais vulnerável e

incapaz de se proteger, levando a uma condição de sujeição, sofrimento psicológico, isolamento e marginalização⁶¹.

Caracteriza-se que tal prática surja e venha a ser reiterada no ambiente escolar, fato é este pelo simples convívio contínuo dos jovens em tal ambiente, proporcionando assim a comunicação agressiva, porém há de se destacar que tal prática também poderá ser realizada em outros ambientes, como exemplo o virtual, onde caracteriza-se exclusivamente como *cyberbullying*, ao qual Kimberly L. Mason aduz:

“O cyberbullying é definido como uma pessoa ou um grupo de pessoas utilizando intencionalmente informações e comunicações por meios eletrônicos para facilitar o assédio deliberado e repetido contra determinado indivíduo ou grupo de indivíduos.”⁶²

Para tanto, o *cyberbullying* dentre tantos meios digitais poderá ocorrer em plataformas de mensagens, jogos, mídias sociais, havendo, assim como no *bullying*, ações reiteradas agressivas onde, por tais meios, poderá ser exposto algo íntimo e constrangedor, disseminar mentiras, mensagens ameaçadoras, compartilhamento de fotos, situações sobre o agredido, onde muitas vezes se revestindo até mesmo do anonimato por contas *fakes*.

2.A prática de cyberbullying entre jovens e as instituições educacionais

Conforme vislumbrado, por sua maioria das vezes o *bullying* encontra sua prática de forma reiterada em ambientes escolares, podendo caracterizar-se pelo convívio, espaço físico propício para tanto, onde muitas vezes são mal supervisionados ou até mesmo ignorados pelos educadores e administradores das instituições educacionais, propiciando assim a conduta abusiva de seus agressores.

Ocorre que com o ambiente virtual a possibilidade de transgressão torna-se mais presente, uma vez que o jovem encontra certa “liberdade” de expressar suas opiniões sem alguma represália, por óbvio a depender da supervisão de seus tutores, uma vez que as próprias plataformas instigam tal conduta, como por exemplo a utilização massificada da rede social *Twitter* como forma de propagar uma opinião ou até mesmo um

⁶¹ COSTANTINI, Alessandro. *Bullying, como combatê-lo: prevenir e enfrentar a violência entre jovens*. Tradução de Eugênio Vinci de Moraes. São Paulo: Itália Nova Editora, 2004. p. 69;

⁶² MASON, K. L. *Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personnel*. *Psychology in the Schools*, v. 45, n. 4. p. 323, 2008;

cancelamento⁶³ sem ao menos ser reprimido para tanto, sendo esta um exemplo de tantas redes sociais.⁶⁴

Além da rede social supramencionada, que ainda encontra-se ativa, outras redes sociais já tiveram sérias repercussões negativas, como exemplo o aplicativo *Secrets*, que em primeiro momento surgiu como sendo um substituto do antigo *Tumblr*⁶⁵, onde apresentou-se para as mídias sociais como sendo uma plataforma que permite compartilhar segredos de maneira anônima atrelado ao *facebook*. Porém, claramente, uma plataforma que deixa o usuário anônimo, guardará uma conduta moralmente duvidosa. Fato este que por um curto período a rede manteve-se ativa, tendo em vista uma onda de usuário no *facebook* reclamarem de exposições íntimas, pessoais, de cunho ofensivo⁶⁶.

Já com o crescente uso e evolução da vida digital, é de notório saber que as escolas também sofreram mudanças, principalmente após o momento pandêmico, onde a cobrança curricular tornou-se mais assídua assim como as relações interpessoais, muitas vezes alterando a personalidade de seus jovens usuários, assim lembra Rocha (2012, p.82):

“A mobilidade das tecnologias digitais tira o sossego das vítimas, o que faz do Cyberbullying uma forma de violência invasiva que ameaça os indivíduos em diferentes locais. Portanto, e como não acontecia no bullying tradicional, o lar já não [é um lugar de refúgio para a vítima, que continua recebendo pelo SMS ou pelos e-mails em qualquer lugar que vá.”

Tal prática muitas vezes é enfrentada pelas instituições como responsabilidade de seus tutores, uma vez que tal atitude não é realizada em ambiente escolar, desatrelando a responsabilidade da escola bem como de seus educadores, atitude está totalmente descabida, uma vez que, conforme vislumbrando, tais relações iniciam-se em âmbito escolar nas amizades que ultrapassam as paredes das salas de aula.

63 Cancelamento: Movimento coordenado na maioria das vezes por pessoas nas mídias sociais que se reúnem para odiar, reprimir, atos ou situações de determinada pessoa, procurando excluí-la dos meios sociais.

64 Disponível em: https://forbes.com.br/outros_destaque/2016/09/por-que-o-twitter-pode-ser-toxico-para-a-saude/

65 Plataforma de blogging que permite aos usuários publicarem textos, imagens, vídeos, links, citações, áudios e “diálogos”.

66 Matéria sobre o tema disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2014/08/07/interna_tecnologia,441187/testamos-o-secret-polemico-app-que-permite-anonimato-nas-publicacoes.shtml

Em sua maior parte do tempo, as escolas estão preocupadas exclusivamente com o resultado que seus alunos entregarão, seja em âmbito das instituições privadas ou públicas, projetando o desempenho individual do aluno a passar de ano, possuir boas notas, em projeções futuras passar em boas universidades, possibilitando assim um melhor vislumbre daquela instituição principalmente financeiramente, sem contar a cobrança assídua de uma maturidade dos jovens para o futuro mercado de trabalho e derradeiros sucessos.

Tal aspecto demonstra-se muito bem abordado por Byung-Chul Han ao definir a sociedade do desempenho, demonstrando que a sociedade espera tão somente o seu resultado positivo, não tolerando a negatividade, convertendo puramente em uma sociedade doente e esgotada.

“Como contraponto, a sociedade do desempenho e a sociedade ativa geram um cansaço e esgotamento excessivos. Esses estados psíquicos são característicos de um mundo que se tornou pobre em negatividade e que é dominado por um excesso de positividade. Não são reações imunológicas que pressuporiam uma negatividade do outro imunológico. Ao contrário, são casadas por um excesso de positividade. O excesso da elevação do desempenho leva a um infarto da alma.”⁶⁷

Tendo em vista tal aspecto, demonstra-se que além dos pais dos jovens alunos, a escola tem um papel de suma importância de coibir o *cyberbullying*, vem a se ressaltar pela pesquisa realizada pela UNICEF em 2019, em estudo realizado em 30 países, ao qual demonstrou que um em cada três jovens já foram ou são vítimas do *bullying* virtual, mais especificamente no Brasil os números correspondem a 37% dos estudantes, do percentual informado, 36% dos respectivos alunos faltavam as aulas após a exposição virtual⁶⁸.

Tal exposição possui impacto significativo na formação educativa, psicológica e moral dos alunos, tendo a instituição de ensino responsabilidade em tal fato, uma vez que iniciado dentre as paredes da escola e chegando ao meio digital, deverá a instituição em conjunto com os educadores encontrar meios efetivos por meio de políticas públicas e atividades escolares para que o fato não ocorra.

Neste quesito o educador possui papel primordial na educação, onde estando presente no dia a dia, muitas vezes poderá notar tal conduta e auxiliar a conscientização mais empática dos alunos, debatendo e demonstrando as graves consequências de tais

67 HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, p.70 e 71, 2015

68 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-um-terco-dos-jovens-em-30-paises-relatam-ser-vitimas-bullying-online>

atos praticados por colegas, além de incentivar os pais ou tutores a observar o dia a dia do aluno e alertar a instituição para qualquer mudança social.

3. Direitos fundamentais: violação e proteção dos direitos humanos

Devido ao *cyberbullying* encontrar-se intrinsecamente ligado a violação de direitos humanos, qual a liberdade, igualdade e fraternidade, há uma explícita violação dos direitos humanos fundamentais dos indivíduos.

A proteção do indivíduo vai além da matéria, tendo por base que a individualidade na dignidade da pessoa humana é insubstituível, ao passo que Fábio Konder Comparato descreve:

“...que todo homem tem dignidade, e não um preço como as coisas. A humanidade, como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.”⁶⁹

Ao destacar os direitos principalmente das crianças e adolescentes, de suma importância, voltar-se para um contexto histórico de sua evolução. De início até os primórdios do século XVII a criança não possuía características de direito humanas, sendo considerada um ser despersonalizado juridicamente, onde o *pater familiae*⁷⁰ exercia poder absoluto, caracterizando até mesmo como posse de objeto.

Apenas no ano de 1924, a até então Liga das Nações, institui na Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças, estabelecendo que todas as pessoas deverão resguardar as crianças seus meios para o desenvolvimento, liberdade econômica contra exploração e uma educação que instile consciência e dever social, concomitantemente a este fato, no Brasil em 1927 foi promulgado o Código de Menores.

Após a fundação efetiva da Organização das Nações Unidas (ONU) a Assembleia Geral das Nações Unidas cria *United Nations International Children's Emergency Fund* (UNICEF) de modo inicial a atender às necessidades emergenciais das crianças durante o período pós-guerra, que futuramente possuiria seu lugar efetivo integrando a ONU e auxiliando de maneira mais abrangente.

Em grande conquista no ano de 1959, A Assembleia Geral das Nações Unidas adota a Declaração dos Direitos da Criança, abordando dez princípios gerais de proteção, que

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, p.17-22.

⁷⁰ Poder paterno

muito embora de grande valia na conquista dos direitos da criança e do adolescente, possuía caráter meramente declarativo. Porém em 1989, estabeleceu-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, ao qual determinou novos direitos impondo assim aos seus estados membros a adoção de um sistema global de proteção.

Analisando a aplicabilidade em âmbito interno, na Constituição Federal de 1988, além de encontrar-se explícito em seu art. 1^a, III, onde aduz que a dignidade da pessoa humana constitui como fundamento do Estado Democrático de Direito, a criança e o adolescente, como pessoas em peculiar desenvolvimento físico, psíquico, social, moral e espiritual possuem direitos fundamentais gerais e os especiais disciplinados no artigo 227, que tem como fundamento jurídico e axiológico a Doutrina da Proteção Especial e da Prioridade Absoluta.

Do presente artigo, possuímos como base o art. 4^a do ECA ao qual aduz que é "dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

Assim sendo, por todos os aspectos, a criança e o adolescente, sendo sujeito de direito, assegura-se a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a cidadania e a justiça social, devendo o Estado ser o guardião dos respectivos direitos e delinear meios e medidas indispensáveis para proteção a tais direitos, impedindo e rechaçando quaisquer formas de agressão ou violação aos direitos fundamentais.

Para tanto, ante a compreensão que a criança e o adolescente são sujeitos detentores de direito, o acesso a educação, assim como um ambiente sadio para tanto, revestem-se de direitos fundamentais sociais, explicitamente disciplinado no art. 6^o da CF.

Sendo a educação um direito fundamental, sua implicação não encontra-se adstrita a tão somente o acesso ao ensino, seja ele básico ou superior, pois para plena efetivação desse direito requer-se o acesso à educação de qualidade, sendo este ambiente sadio, democratização, sem distinção de raça, gênero, cor, religião, com pleno exercício de sua cidadania, ao passo que conforme o art. 208 da CF e art. 54 do ECA, O Estado, sociedade e família possuem o dever de oferecer, matricular e incentivar o ensino à criança e ao adolescente.

Para tanto, de forma a tornar a legislação aplicável, torna-la efetiva a sua positividade, é preciso concretizá-lo, sendo certo que a educação e o convívio em ambiente escolar saudável e equilibrado assim como exposto pode-se considerar como um direito fundamental, é de pleno dever do Estado e da iniciativa privada, impor à família e as

instituições de ensino o dever de vigilância, zelo e cuidado no que tange à sadia qualidade e equilíbrio nas relações e convívio escolar, assim como disciplina o art. 70 do ECA:

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Para tanto, caso tais aspectos não encontram-se em harmonia, havendo explícita afronta a tais direitos, como exemplo o *cyberbullying*, claramente, poderá comprometer o acesso à educação de qualidade, necessitando assim de medidas, considerar-se punitivas, efetivas.

4. Consequências jurídicas do *cyberbullying*

Assim como supracitado, o *cyberbullying*, reveste-se de uma explícita violação quanto aos direitos fundamentais do indivíduo, modificando não apenas o agredido, mas também o meio em que se pratica tais atos.

De forma a regulamentar, bem como resguardar o direito dos navegadores da internet e das novas tecnologias, pode-se dizer que como pioneira, em âmbito internacional, tivemos a Lei de Proteção à Privacidade Infantil On-Line de 1998, também conhecida como COPPA, sendo ela uma lei federal dos Estados Unidos, tendo como objetivo principal deixar os pais e tutores como responsáveis pelas informações que são coletadas pelos filhos menores, onde plataformas, sites, aplicativos e qualquer meio digital que são voltados para menores de 13 anos devem avisar e obter o consentimento dos pais antes mesmo de coletar as informações das crianças, tendo uma política clara e objetiva das informações.

Posterior a isso, houve o grande marco do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE (GDPR), entrando em vigor em 2018, e em âmbito nacional temos a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), regulamentando e estabelecendo diretrizes para a coleta e o processamento sobre privacidade e proteção de dados pessoais, regulamentando o processamento de dados exportados para fora da União Europeia, ao qual regulamenta uma série de questões aos dados dos usuários e consumidores, sendo considerada uma das leis de segurança mais rígida quanto a dados do mundo.

Ao passo do avanço internacional das leis quanto a internet, em âmbito nacional, a primeira lei que tange quanto a privacidade e intimidade, não apenas no âmbito da internet, mas as mídias sociais e comunicação de forma completa foi a Lei dos Crimes Cibernéticos (Lei 12.737/2012) mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, onde tipificou como crime no código penal os crimes relacionados ao meio eletrônico como a violação de dados de usuários, invasão de computadores, com o fim de obter, adulterar ou

destruir dados ou informações sem a autorização expressa do titular para obter vantagem ilícita.

De maneira a concretizar e regulamentar de forma mais principalmente a privacidade tivemos o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), onde em suma, trata-se de uma lei que regulamenta a utilização da internet no Brasil, através de princípios, garantias, direitos e deveres para quem a utilizar, assim como diretrizes para a atuação do Estado.

Assim, em ordem cronológica, passa-se pela análise da Lei do Bullying (Lei 13.185/15), ao qual positivou a caracterização o *bullying* onde encontra seu rol no art. 2^a da lei:

Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (bullying) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

I - ataques físicos;

II - insultos pessoais;

III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;

IV - ameaças por quaisquer meios;

V - grafites depreciativos;

VI - expressões preconceituosas;

VII - isolamento social consciente e premeditado;

VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Nota-se que, conforme supracitado, em seu parágrafo único, o legislador atestou-se em deixar positivado a compreensão do *cyberbullying*, de maneira a não restarem dúvidas quanto ao *locus*, seja no meio físico ou cibernético, dos crimes de *bullying*.

Assim, a prática do *cyberbullying* significa a utilização do espaço virtual para intimidar e hostilizar o indivíduo, a sua infração não gera uma constituição e crime, como

sendo configurado no código penal, porém, considera-se uma responsabilidade civil do provedor, aplicando de forma suplementar o código de defesa do consumidor.

Analisa-se que o Código Civil em seu art. 186, dispõe:

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.

Com a compreensão até o momento questiona-se, como poderia responsabilizar os atos infracionais praticados em meio digital, muitas vezes anônimas e por maior parte crianças e adolescentes?

De início, é de saber notório que, os pais e tutores são responsáveis pelos atos de seus filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, já quando encontram-se no estabelecimento estudantil trata-se de responsabilidade da escola e dos educadores, onde tal fato encontra-se respaldado pelo artigo 932, IV, do Código Civil e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, é de explícita responsabilidade da escola todo e qualquer ato que afronte os direitos fundamentais da criança e do adolescente praticados no seu ambiente. Para tanto a jurisprudência em sua maioria aplica desta forma o entendimento:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - INSTITUIÇÃO DE ENSINO DA REDE PÚBLICA ESTADUAL - BRIGA DE ALUNOS - INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA NAS REDES SOCIAIS ("CYBERBULLYING") - MORTE NAS DEPENDÊNCIAS DA ESCOLA - RESPONSABILIDADE - CONDUTA OMISSIVA - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MUNICÍPIO - DEVER DE VIGILÂNCIA - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - MORTE DO FILHO: DANO MORAL PRESUMIDO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FAMÍLIA DE BAIXA RENDA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - DANOS MATERIAIS INDENIZÁVEIS - PENSIONAMENTO MENSAL. 1- A responsabilidade civil do ente público exige a prova de três pressupostos, que são o fato administrativo - comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, singular ou coletivo atribuído ao Poder Público -, o dano material ou moral e o nexo causal entre o fato administrativo e o dano; 2- Nos termos da Lei nº 13.185/15, é dever da instituição de ensino combater a violência e a intimidação sistemática ("bullying" e "cyberbullying"); 3- O estabelecimento de ensino tem o dever de guarda e preservação

da integridade física dos seus alunos, devendo ter atuação preventiva para evitar danos ou ofensas aos estudantes; 4- De acordo com a prova dos autos, um aluno que praticava intimidação sistemática ("cyberbullying") à colega de sala foi vítima de golpe de faca este nas dependências da instituição de ensino da rede pública estadual, durante intervalo das aulas, o que causou àquele hemorragia interna aguda e o levou a óbito; 5- O dano moral indenizável é aquele capaz de atingir profundamente a esfera subjetiva da pessoa, causando-lhe grave dor interna, angústia ou sentimento de impotência, capaz de lhe subtrair a própria dignidade; 6- Em caso de morte do filho o dano moral é presumido; 7- É entendimento do Superior Tribunal de Justiça é devida a indenização por dano material, consistente em pensionamento mensal, aos genitores de menor falecido, mesmo que este não exerça atividade remunerada, porque se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda (AgInt no AREsp 1198316/AC, Rel. Min. OG FERNANDES, T2, DJe 25/05/2018); 8- Nos termos da jurisprudência do STJ, em caso de morte de filho o pensionamento aos pais ocorre desde o sinistro, com 2/3 do salário mínimo, até que completasse 25 anos, a partir de quando será de 1/3 do salário até a data em que a vítima fizesse 65 anos (REsp 853921/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T4, DJe 24/05/2010).

(TJ-MG - AC: 10394140051282001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 28/06/2018, Data de Publicação: 03/07/2018)

Para tanto, na comparação da jurisprudência supramencionada, nota-se que a escola possui uma responsabilidade civil para com os efeitos do *cyberbullying*, ao qual pelos entendimentos do mestre Schreiber tal compreensão é explícita:

Um outro caminho que tem sido percorrido na nossa prática judicial é a responsabilização civil da escola. Há diversos dispositivos legais que podem amparar essa opção, que vão desde o artigo 37, 6º, da Constituição até o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, passando, já aí no caso das escolas privadas, pelo artigo 932, IV, do Código Civil. A responsabilização civil da escola constitui via que tem sido seguida em muitos casos de bullying tradicional porque a intimidação sistemática ocorre no ambiente físico da escola, sendo mais fácil, nessas hipóteses, identificar uma falha de fiscalização da instituição de ensino e, portanto, a sua responsabilidade. No Cyberbullying, por outro lado, a discussão afigura-se bem mais

complexa porque o dano não ocorre nos limites físicos da escola, mas sim em redes sociais ou grupos de whatsapp criados, muitas vezes, por iniciativa dos alunos e sem qualquer participação efetivada escola. Os dispositivos legais mencionados retratam hipóteses de responsabilidade civil objetiva, mas não dispensam a identificação do nexos de causalidade entre a atividade do educandário e o dano sofrido, devendo-se verificar nos casos concretos se há efetiva presença de nexos causal.⁷¹

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o PL 6521/2019, onde tipifica como crime o cyberbullying, onde poderá alterar o Código Penal para inserir os art. 147-A e art. 147-B, *in verbis* a redação dos dispositivos:

Intimidação sistemática virtual (cyberbullying)

Art. 147-A – Intimidar alguém, mediante o uso de qualquer dispositivo informático, de forma repetitiva e continuada, ocasionando-lhe dor e angústia;

Parágrafo Único. Somente se procede mediante representação.

Pena – detenção, de um a seis meses e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, gênero, cor, etnia, religião ou origem.

Assédio sistemático virtual (cyberstalking)

Art. 147-B – Assediar ou constranger alguém, por meio de dispositivo informático, de forma repetitiva e continuada, violando, restringido ou perturbando de qualquer modo a sua privacidade ou liberdade.

71 SCHREIBER, Anderson. Cyberbullying: responsabilidade civile efeitos na família. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/10/11/Cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/>. Acesso em: 28jun. 2019.

Parágrafo Único. Somente se procede mediante representação. Pena – detenção, de um a seis meses e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra a mulher.

Assim sendo, estando regulamentada o ato ilícito da prática de *bullying* e *cyberbullying*, compreende-se que as taxas de tal prática poderão reduzir drasticamente, porém não basta apenas a positividade da lei e sim a sua efetividade, fato este que poderá dar-se por meio de políticas públicas.

5. Políticas públicas como meio efetivo de não propagação do cyberbullying

Conforme vislumbrado a Lei do Bullying (Lei 13.185/15), a respectiva instituiu várias medidas e programas de combate e prevenção a tais práticas, de forma a fomentar um ambiente educacional sadio. Os objetivos da lei em si, são executar a cidadania, o respeito ao indivíduo e a promoção a uma cultura pacífica.

Para tanto a preservação de um ambiente sadio para os estudos são muito mais motivados por políticas públicas e atos de conscientização dos porta das instituições de ensino, do que muitas vezes a própria conscientização particular das crianças e adolescentes, que por sinal muitas vezes não possuem a noção do tamanho de tal responsabilidade do ato praticado, dependendo do ensinamento de seus pais, tutores e educadores.

As políticas públicas não bastam como meros informativos, como exemplo, o post do Senado em suas redes sociais de forma a conscientizar a população:



7 FORMAS DE CYBERBULLYING

- 1 Calúnia**- Afirmar que a vítima praticou ato criminoso em perfis de redes sociais e grupos de mensagens
- 2 Difamação**- Postar em páginas de redes sociais e grupos de mensagens informações que atinjam a honra da vítima
- 3 Injúria**- Qualquer opinião de uma pessoa em relação a outra que seja depreciativa em redes sociais
- 4 Ameaça**- Receber qualquer tipo de ameaça via mensagens inbox ou mensagens de texto via celular
- 5 Constrangimento ilegal**- Ameaçar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em meio virtual, por exemplo, ameaçar uma pessoa para que ela ligue a webcam
- 6 Falsa identidade**- Utilização de perfis falsos para entrar em sites de relacionamento ou usar a foto de um desafeto para criar perfil falso
- 7 Perturbar a tranquilidade**- O envio de mensagens incômodas frequentemente pode caracterizar essa contravenção

SenadoFederal

Senado Federal
7 de dezembro de 2019 · 🌐

Cyberbullying é um tipo de violência eletrônica do bullying, onde as agressões se dão através da internet ou de outras tecnologias relacionadas. Praticar cyberbullying significa usar o espaço virtual para intimidar e hostilizar uma pessoa (colega de escola, professores, ou mesmo desconhecidos), difamando, insultando ou atacando covardemente. Geralmente as práticas de bullying virtual estão relacionadas a crimes já previstos no Código Penal.

👍 112 comentários 1,1 mil compartilhamentos

👍 Curtir 🗨 Comentar ➦ Compartilhar

Mais relevantes ▾

 **Romulo Abreu**
Infelizmente não vale para os discursos de senadores na tribuna do senado usados nas redes sociais, caso contrário talvez desperdiçaria ...

Escreva um comentári... 🗨 📧 📧 📧

Imagem 1: Post no facebook da página oficial do Senado Federal demonstrando as formas de Cyberbullying

É de suma importância a realização de atividades que possam estimular as crianças e adolescentes sobre o assunto de uma forma mais empática, como exemplo:

- A. Para instituições que possuam psicólogos à disposição, que possa demonstrar a disponibilidade a ouvir e se possível auxiliar na resolução do problema em questão, por meio de debates com os respectivos junto com os professores;
- B. Demonstração de casos reais quanto as causas do *bullying e cyberbullying*, atrelados a realidade dos alunos, por meio de filmes ou séries, de forma a tonar a situação empática;
- C. Rodas de conversas, onde poderão explanar suas dúvidas e situações adversas;
- D. Campanhas de conscientização no espaço físico e principalmente no espaço virtual, conscientizando não apenas os alunos, mas também pais e tutores de forma a acompanharem os atos dos menores nas redes sociais.

Além das questões aqui supracitadas, é de grande valia, que os professores e pais sempre se atentem ao comportamento dos alunos, podendo assim evitar sérias consequências dos atos.

Muito embora as escolas possuam certa limitação das suas atividades, uma vez que o *cyberbullying* poderá ser praticado em qualquer local, haja vista a possibilidade de acesso à internet, é de suma importância o ambiente familiar contribuir para a investigação dos casos em contribuição com as escolas.

A prevenção de tais crimes, vem atrelada a observação dos sinais, o trabalho de prevenção deve ser cada vez mais presente na vida das pessoas, uma vez que isso facilita a construção de um ambiente escolar muito mais agradável para todos, onde o principal objetivo é realmente crescer como pessoa e como profissional.

Os avanços tecnológicos continuarão a acontecer, até mesmo de forma estritamente mais acelerada, assim o *cyberbullying* é uma consequência deste novo mundo, conectado, sendo de suma importância a sua irradicação o mais rápido possível, evitando assim sequelas que poderão perdurar durante toda a vida dos alunos.

Assim a base efetiva para a erradicação do *cyberbullying* encontra-se intrinsecamente ligado com a comunicação dos professores e pais com os alunos, tanto

para evitar tais atos como para dar suporte caso esteja sofrendo tais atos que afrontem seus direitos como indivíduos.

CONCLUSÃO

Como podemos vislumbrar, o *cyberbullying* trata-se de uma nova versão do *bullying* em decorrência dos avanços tecnológicos e da hiper conectividades dos jovens pela internet, passando as barreiras das paredes das instituições de ensino, porém valendo-se que muitas vezes tais atos se iniciam pelas práticas nas respectivas instituições.

O *cyberbullying* afronta os principais direitos fundamentais do ser humano, abalando principalmente sua liberdade, igualdade e a fraternidade, sendo estes direitos básicos inerentes a todos os indivíduos, sendo um explícito obstáculo para a prática da concretização do direito das crianças e adolescentes ao acesso de uma educação sadia, uma vez que ela prejudica o meio ambiente escolar.

O enfrentamento do *bullying* e principalmente do *cyberbullying*, deverá ser uma responsabilidade da sociedade, de forma a respeitar os princípios fundamentais da nossa Constituição Federal conforme fora devidamente deslumbrado, devendo principalmente, as instituições de ensino por meio de seus professores em conjunto com pais e tutores das crianças e adolescentes, necessitando haver, dentre todas as políticas públicas supramencionadas, o apoio aos alunos para a não propagação de tais atos bem como o apoio aos que sofrem, não dependendo tão somente as medidas jurídicas, como leis mais efetivas, aguardando assim uma posição do Estado.

A concretização do direito fundamental à educação requer efetivamente o combate ao *cyberbullying*, possibilitando e garantindo um ambiente sadio escolar ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, sendo possível o auxílio por meio do desenvolvimento de políticas públicas do Estado, das escolas, implementações de adequações ao ambiente como prevista na Lei 13.185/15, bem como o ECA e, caso haja a necessidade de uma medida jurídica, a compreensão do julgador para quanto os direitos fundamentais violados do indivíduo e a devida responsabilização de forma subsidiária das instituições de ensino.

BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt. Sobre a educação e a juventude: conversas com Ricardo Mazzeo. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2001

CORREIO BRAZILIENSE. Aplicativo Secret e o anonimato nas publicações. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2014/08/07/interna_tecnologia,441187/testamos-o-secret-polemico-app-que-permite-anonimato-nas-publicacoes.shtml. Acesso em: 21 jun. 2022.

COSTANTINI, Alessandro. Bullying, como combatê-lo: prevenir e enfrentar a violência entre jovens. Tradução de Eugênio Vinci de Moraes. São Paulo: Itália Nova Editora, 2004.

FORBES. Porque o Twitter pode ser tóxico para a saúde. Disponível em: https://forbes.com.br/outros_destaquas/2016/09/por-que-o-twitter-pode-ser-toxico-para-a-saude/. Acesso em: 16 jun. 2022.

HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015

MASON, K. L. Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personnel. *Psychology in the Schools*, v. 45, n. 4., 2008;

ROYER, E. A violência escolar e as políticas de formação de professores. E. Debarbieux & C. Blaya. (Org.). *Violência nas escolas e políticas públicas*. Brasília: UNESCO, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAÚJO, Marilene. O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SCHREIBER, Anderson. Cyberbullying: responsabilidade civile efeitos na família. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/10/11/Cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

UNICEF. Cyberbullying. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-um-terco-dos-jovens-em-30-paises-relatam-ser-vitimas-bullying-online>. Acesso em: 16 jun. 2022.

A REPARAÇÃO PECUNIÁRIA NA TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E SUA DESTINAÇÃO

CAMILA PEREIRA BARRETO:
Advogada. Graduada em Direito pela UFAL. Pós-graduanda em Direitos Humanos (CEI).

Resumo: A responsabilidade civil clássica cede seu lugar para uma nova forma de responsabilidade civil, que envolve novas estratégias para reparar o interesse lesado. A Lei da Ação Civil Pública prevê um fundo federal, com a denominação de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Entretanto, ao longo dos últimos anos, constatou-se que não há um emprego efetivo das receitas do Fundo, comprometendo a reparação integral do dano a interesses transindividuais, tornando o arcabouço da tutela coletiva um aparato jurídico falho e ineficiente. Afastadas as possíveis alegações de que se trataria de um problema de ordem técnica ou de ordem legislativa, por tudo que foi exposto, resta claro que o verdadeiro empecilho para a utilização efetiva dos recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos é de natureza financeira, ou, mais especificamente, de natureza orçamentária.

Palavras-chave: Fundo de Direitos Difusos; Lei da Ação Civil Pública; responsabilidade civil; tutela coletiva; dano moral coletivo.

Abstract: *Classic civil liability gives way to a new form of civil liability, which involves new strategies to repair the injured interest. The Public Civil Action Law provides for a federal fund, called the Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD). However, over the last few years, it has been found that there is no effective use of the Fund's revenues, compromising the full repair of the damage to trans-individual interests, making the framework of collective protection a flawed and inefficient legal apparatus. Having excluded the possible allegations that it was a problem of a technical or legislative nature, for all that has been exposed, it is clear that the real obstacle to the effective use of the resources of the Fund for the Defense of Diffuse and Collective Rights is of a financial nature. , or, more specifically, of a budgetary nature.*

Keywords: *Diffuse Rights Fund; Public Civil Action Law; civil responsibility; collective guardianship; collective moral damage.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade uma breve análise do tratamento jurídico conferido ao dano extrapatrimonial coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de

uma análise da destinação da indenização nos casos de reparação de danos a interesses difusos e coletivos.

É na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento jurídico-normativo direto de diversas regras e, até mesmo, de determinados princípios em nosso ordenamento jurídico. Apenas pela concretização de uma sociedade igualitária é que cada pessoa humana usufruirá de uma vida digna. Isso implica em fazer uso de instrumentos jurídicos materiais e processuais aptos a promover a dignidade da pessoa humana em um aspecto coletivo, sem deixar de lado o indivíduo isoladamente considerado. Dessa forma, a chamada tutela coletiva apresenta-se como meio adequado para viabilizar esse objetivo.

A responsabilidade civil clássica cede lugar a uma nova modalidade de tutela diante das mudanças socioeconômicas as quais tornam necessário rever os dogmas rígidos de um modelo de reparação voltado para o escopo individual. Diante do reconhecimento da existência de direitos cuja titularidade recai sobre grupos de indivíduos que, independentemente de serem ou não determináveis, não podem dividir entre si o objeto do direito, sendo possível apenas sua satisfação integral, foi necessário reconhecer que esses direitos transindividuais merecem a proteção jurisdicional concedida pelo nosso ordenamento no âmbito individual, com o devido respeito às particularidades.

Tais interesses de relevância social não serão sempre traduzíveis em termos econômicos, mas, comumente, a reparação o é. Assim, surge um importante desafio, que é o que fazer com o montante reparatório na sentença que determina a reparação pecuniária pela violação de um direito transindividual.

É inegável que a jurisprudência pátria apresenta uma predileção à prestação pecuniária como forma de reparação do dano. O sistema jurídico é estruturado em torno de uma tutela repressiva, no sentido de se visar a recomposição do bem jurídico afetado, analisar o espaço destinado pelo ordenamento jurídico a formas alternativas de tutela de valores fundamentais pertencentes à coletividade.

Não se nega que a opção é feita levando-se em conta o caráter punitivo da reparação, tratando-se de danos extrapatrimoniais coletivos, mas é evidente que a escolha das outras modalidades de obrigação representa uma dificuldade maior ao autor, que deverá delimitar de que modo aquela conduta positiva ou negativa do ofensor irá atender à recomposição do dano sofrido, uma vez que é impossível, pela própria natureza do bem tutelado, que ele volte ao estado anterior ao dano.

Portanto, a reparação pecuniária é apenas uma das modalidades cabíveis de reparação de danos extrapatrimoniais coletivos. Embora a reparação *in natura* seja sempre preferível, a depender do interesse violado essa não é uma opção viável, sendo a prestação

pecuniária a que melhor atenderá o caráter pedagógico da reparação cível. Trata-se, de fato, de uma verdadeira compensação, ante a impossibilidade de se restaurar o bem jurídico a sua situação anterior.

Após ser fixado um montante adequado e que atenda ao interesse lesado, é relevante atentar para a destinação da reparação. A contrário da reparação de danos individuais, não há destinação direta para as possíveis vítimas, isoladamente consideradas, do dano.

Isso porque o nítido traço metaindividual do interesse em questão impossibilita a veiculação da parcela reparatória a membros da coletividade que, frequentemente, não são passíveis de identificação. Dessa maneira, a solução encontrada pelo legislador infraconstitucional foi veicular o montante pecuniário a um fundo.

Prevê a Lei da Ação Civil Pública prevê um fundo federal, regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994, com a denominação de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Vinculado ao Poder Executivo, mais especificamente ao Ministério da Justiça, o FDD é gerido por um Conselho Federal, que controla a aplicação das condenações pecuniárias em ações de tutela a interesses transindividuais, bem como multas e outras receitas que puderem ser destinadas

O Decreto regulamentador determina, em seu artigo art. 1º, que o referido fundo “tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos”.

Entretanto, embora a previsão específica de destinação da indenização tenha sido uma importante inovação do ordenamento jurídico para a tutela de interesses difusos e coletivos, há algumas questões relevantes a serem abordadas em relação ao destino dessas verbas, especialmente em virtude de uma necessidade crescente de recomposição específica do interesse violado.

Há expressa previsão legal na LACP, em seu artigo 13, que sendo a condenação em pecúnia, esta será revertida a um fundo federal ou estadual, em que participem obrigatoriamente o Ministério Público e os representantes da comunidade.

O fundo não tem personalidade jurídica, conseqüentemente não adquire direitos nem contrai obrigações. O fundo previsto na LACP, especificamente, tem natureza de fundo público, ou seja, é um complexo patrimonial administrado pelo Estado, com a

destinação de dar suporte financeiro a determinada atividade de relevante interesse público⁷².

Em regra, o montante da indenização é revertido ao Fundo, seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual. E, a partir de um Conselho Gestor, as indenizações são desvinculadas de sua origem e se destinam a recomposição do bem lesado em sentido amplo, ou à instituição de programas de prevenção, visando a evitar novas lesões.

Entretanto, ao longo dos últimos anos, constatou-se que não há um emprego efetivo das receitas do Fundo, comprometendo a reparação integral do dano a interesses transindividuais, tornando o arcabouço da tutela coletiva um aparato jurídico falho e ineficiente.

2. O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e sua natureza vinculada

Inegavelmente, um dos maiores avanços na proteção de direitos difusos e coletivos foi a criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública e regulamentado pelo Decreto 92.302/96, revogado posteriormente pelo Decreto n. 1.306/94, hoje em vigor.

A existência de um fundo destinado à reconstituição dos valores coletivos lesados, entretanto, já havia sido prevista no Código de Defesa do Consumidor, tanto em seu artigo 57 quanto em seu artigo 100, parágrafo único. Dessa forma, a ideia do fundo partiu da situação específica, ou seja, da proteção à relação de consumo, para em seguida abarcar os demais interesses transindividuais.

Inspirado no sistema de proteção a interesses difusos e coletivos norte-americano, conhecido como *fluid recovery*, o FDD comporta certa flexibilidade em sua aplicação de recursos, que não precisa, necessariamente, na reparação do mesmo bem lesado⁷³. No entanto, como sustentado por Mazzili, essa inspiração reside em elementos básicos do sistema norte-americano, mas com este não se confunde. A ideia de *fluid recovery* diz respeito a uma distribuição por meio de um sistema de mercado, por redução de preços ou projetos que beneficiarão diretamente os membros de uma determinada classe. Já no modelo brasileiro, a fluidez diz respeito à uma flexibilização na forma de reparação do dano, devendo a recomposição guardar uma relação de pertinência com a lesão sofrida,

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/7/85). 8ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 389.

⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 432.

tendo em vista que a reparação direta é, pela própria natureza do bem, quase sempre impossível⁷⁴.

Assim, podemos dizer que o modelo brasileiro possui, sobretudo, uma função social de destaque, predominante reconstitutiva de bens lesados, mas não é essa sua única prioridade⁷⁵, contando com uma visão preventiva da tutela transindividual. A recomposição é, de fato, preferível, mas há que se atentar para o fato de que, muitas vezes, é também inviável.

Há que se atentar para o fato de que há expressa vedação constitucional para a instituição de fundos, independente de sua natureza, sem prévia autorização legislativa, conforme se extrai do artigo 167, inciso IX da Constituição. Diante da necessidade de previsão legislativa, foi promulgada a Lei n. 9.008/95 que, ao tratar da estrutura e organização do Ministério da Justiça, criou o Conselho Federal responsável por gerir os recursos do FDD.

É interessante destacar que há um grande lapso temporal entre a promulgação da Lei da Ação Civil Pública e a regulamentação do Conselho Gestor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos. Cerca de dez anos separam a LACP e a Lei n. 9.008/95 e, nesse período, as indenizações decorrentes das condenações pecuniárias em Ações Cíveis Públicas não eram geridas por não existir uma entidade de controle desses recursos⁷⁶. Esperava-se, assim, que a regulamentação infraconstitucional permitisse uma gestão e controle eficientes desses recursos, mas pensamos que a atuação do Conselho Gestor ainda é deficiente, não sendo apta a promover a aplicação de recursos do fundo de maneira adequada, pelos motivos que se expõe a seguir.

Inicialmente, há que se atentar para o fato de que as receitas do FDD decorrem das condenações judiciais e das multas relacionadas a violações a direitos transindividuais, bem como rendimentos obtidos por meio da aplicação de recursos do Fundo e doações de pessoas físicas ou jurídicas. Ademais, é previsto ainda eventuais receitas diversas que vierem a ser destinadas ao Fundo, por expressa previsão contida na redação do artigo 2º

74 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 604.

75 FILHO, Humberto João Carneiro. Estrutura, funcionamento e evolução do fundo de defesa dos direitos difusos – FDD. In **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/25>>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

76 CASAGRANDE, Aline. **O Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados Como Instrumento Democrático de Recomposição dos Danos à Coletividade**. Disponível em <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/1685/Casagrande_Aline.pdf?sequence=1>. Acesso em 17 de janeiro de 2022.

e seus incisos do Decreto n. 1.306/94 e do artigo 1º, parágrafo 2º da Lei n. 9.008/95, que, ressalte-se, contém idêntica redação.

É interessante que o art. 7º do Decreto 1.306 dispõe que “os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado”, o que impõe claramente uma obrigação ao Conselho Gestor de vincular a condenação a uma destinação específica. Significa que, em tese, a reparação pecuniária deve ser destinada à reparação e prevenção de danos ao mesmo interesse jurídico violado.

Tomemos como exemplo o desastre ocorrido em Mariana. A reparação pecuniária deveria ser destinada à recomposição do ecossistema afetado pelo impacto ambiental sofrido. Como o impacto ambiental é de difícil reparação, há uma série de medidas preventivas que poderiam ser tomadas no âmbito local para evitar que um desastre da mesma natureza viesse a acontecer, como, por exemplo, investir em uma maior fiscalização nas demais barragens de rejeitos na área.

Ocorre que, na prática, a aplicação de recursos não se dá dessa forma. Um fundo é um órgão administrativo. Como tal, quando a reparação pecuniária é destinada a um Fundo, passa a constituir mera receita do mesmo, perdendo sua vinculação.

A atuação do magistrado responsável pela condenação é limitada nesse sentido, pois embora possa destinar à reparação ao FDD, não pode determinar de que maneira o valor será aplicado. Isso porque cabe ao conselho gestor precisar a destinação dos recursos. É um ato administrativo cujo mérito não pode ser invadido pelo Poder Judiciário, inclusive por uma questão pragmática: Em tese, é o Conselho Gestor que melhor teria condições de aferir de que maneira aquele recurso melhor atenderia à recomposição do interesse lesado. Nesse sentido:

[...] se o dano metaindividual é irreparável e a condenação é em pecúnia, tal valor deverá ser revertido ao fundo de reparação, por força de lei. Neste caso, não cabe ao juiz determinar de que forma tal valor deva ser utilizado, posto que o fundo é um órgão administrativo (com receitas próprias, não só advindas de condenações judiciais) totalmente desvinculado do Poder Judiciário. Portanto, não é possível estabelecer qualquer vinculação das receitas do fundo com a ação judicial que determinou a condenação, posto que o dano

difuso ou coletivo que deu causa àquela condenação é irreparável (não passível de recomposição “in natura”).⁷⁷

Não obstante o magistrado não possa vincular as receitas do fundo a uma destinação específica, não há impedimento para que cumule a obrigação pecuniária com a obrigação de fazer ou de não fazer, para garantir a máxima efetividade na recomposição do bem jurídico violado. Entretanto, se encerra aí a atividade judiciária.

Nesse sentido, o microsistema da tutela coletiva comporta uma rigidez excessiva. Isso porque, ainda que o magistrado vislumbre uma destinação que permita a recomposição de uma forma mais célere e eficaz, está impedido, por expressa previsão legal, de emprega-la, bem como incorre em violação ao princípio da separação dos Poderes.

A lei confere, portanto, um importante papel ao Conselho Gestor no tocante à administração de recursos, visto que há destinação obrigatória da reparação pecuniária ao Fundo. Estamos diante de uma regra jurídica, portanto não há espaço para o aplicador do direito escolher simplesmente não a aplicar.

Não negamos que, de um ponto de vista técnico, o Conselho Gestor é, de fato, extremamente mais qualificado para determinar uma correta alocação de recursos. Entretanto, uma análise da alocação das receitas do fundo nos últimos anos nos permite concluir que nos últimos anos, o emprego de recursos não atingiu um nível satisfatório.

O problema não parece residir na incapacidade dos gestores dos recursos. O Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos é composto por cinco representantes, nos termos do artigo 3º do Decreto Federal n. 1.306/94:

Art. 3º O FDD será gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, e composto pelos seguintes membros:

I - um representante da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que o presidirá;

II - um representante do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal;

III - um representante do Ministério da Cultura;

⁷⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 187.

IV - um representante do Ministério da Saúde vinculado à área de vigilância sanitária;

V - um representante do Ministério da Fazenda;

VI - um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

VII - um representante do Ministério Público Federal;

VIII - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II, do art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

A escolha dos membros, nos termos do artigo 4º do mesmo Decreto cabe ao Ministro da Justiça, enfatizando a vinculação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos ao referido Ministério. Os representantes são designados pelo prazo de dois anos, sendo permitida uma única recondução a todos os representantes, com exceção do representante do Ministério da Justiça que, como presidente do órgão, pode ser reconduzido mais de uma vez (artigo 4º, Parágrafo Único do Decreto n. 1.306/94). Ademais, cada representante terá ainda um suplente, com indicação seguindo os parâmetros do representante titular (artigo 3º, parágrafo 1º).

Dessa forma, a exigência legal é de uma composição técnica, com representantes de diferentes Ministérios, a fim de que a destinação das receitas do Fundo seja resultado de uma longa deliberação por parte de um corpo especializado. Outrossim, não nos parece que o problema reside na ausência de capacidade técnica dos membros do Conselho Gestor.

O artigo 6º e seus incisos preveem as competências do Conselho Federal. Dentre suas atribuições, compete a ele a aprovação de convênios e contratos, firmados pela Secretaria-Executiva, de forma que atendam as finalidades do Fundo. Há ainda a atribuição de examinar e aprovar projetos de reconstituição dos interesses lesados, englobando a elaboração e promoção de atividades de caráter científico, de pesquisa e educativo. A finalidade do Fundo é, assim, maior do que a mera reparação de danos sofridos a interesses difusos e coletivos. É marcante, nos oito incisos do referido artigo, a promoção de medidas preventivas de danos.

Compete ainda, elaborar o próprio regimento interno, o que foi feito por meio da Portaria n. 1.488, de 15 de agosto de 2008. Muitos dos artigos da Portaria constituem repetições das disposições contidas na Lei 7.347/85 ou do Decreto n. 1.306/94, mas a Seção

II da Portaria disciplina o funcionamento do CFDD, no tocante a suas reuniões e deliberações.

É com fulcro em seu regimento interno que os recursos devem ser identificados com base na natureza do dano causado, nos termos do art. 10, parágrafo único do Decreto Federal n. 1.306/94, de modo a permitir a distribuição de recursos conforme o interesse violado. Contudo, o regimento interno falha em trazer disposições que disciplinem de que maneira os recursos são repassados.

Não há obrigatoriedade em relacionar a condenação pecuniária revertida ao fundo necessariamente a reparação específica de sua ofensa, embora o art. 7º preconize que a reparação deve se relacionar com a natureza do dano. Tampouco há previsão de que os recursos devem ser destinados ao mesmo local do dano, embora inegavelmente deva ser dado preferência ao local em que ocorreu a lesão, especialmente se o interesse lesionado for totalmente ou primariamente local. Por esse motivo, a Instrução Normativa 4/98 da Secretaria do Tesouro Nacional determinou que os valores destinados ao FDD devem conter registro específico de sua origem.

Dessa maneira, podemos concluir que o problema na efetivação da reparação do dano também não reside numa falha de natureza legislativa, tendo em vista que o referido artigo 7º determina que a reparação deve estar no âmbito da natureza do dano, de forma que garante um grau de discricionariedade ao aplicador da norma para destinar a indenização à reparação específica ou a programas de prevenção, a depender da conveniência e oportunidade, o que terá relevância em danos que são irreparáveis e, dotados de grande relevância social, necessitam de investimentos concretos em prevenção.

Para se chegar à origem do problema, deve ser ressaltado, novamente, que o valor revertido ao fundo passa a integrar suas receitas não-tributárias, constituindo o orçamento do fundo. Como tal, é administrado pelo Conselho Gestor, assim como todas as receitas e despesas do FDD.

Ademais, como aduz Arthur Badin, nosso sistema implica em uma formulação de políticas públicas de defesa de interesses difusos e coletivos mais eficiente. Isso porque a alocação de recursos públicos implica em escolher, necessariamente, prioridades, ante a escassez de recursos e bens públicos. Por expressa previsão legal, os membros do Conselho escolhidos dentre os representantes dos Ministérios devem ter conhecimento técnico específico sobre políticas nacionais relativas a sua área de atuação. Assim, há uma estrutura técnica, apoiada por um corpo de servidores públicos dentro da secretaria-executiva, capacitada para a análise e aplicação de recursos públicos, ao contrário dos juízes, que são desprovidos de tal apoio operacional, a menos que utilizem peritos e técnicos dentro de

cada ação, o que não é economicamente factível. Por fim, com a centralização das decisões em um único órgão, há também uma maior fiscalização dos projetos criados.⁷⁸

Portanto, o Conselho Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi concebido como uma forma de centralizar as decisões acerca do emprego dos recursos oriundos das condenações pecuniárias de forma a melhor efetivar a tutela material de direitos difusos e coletivos.

Os recursos do FDD se submetem à Lei Orçamentária Anual (LOA), que define os limites autorizativos de gastos governamentais. Evidentemente, as margens de gasto se sujeitam aos créditos suplementares, autorizados pelo Congresso Nacional, permitindo uma ampliação de tais limites. Contudo, de igual maneira, o FDD se sujeita aos decretos de contingenciamento. É por tal razão que sustentamos que o FDD, por se sujeitar à LOA, falha em atingir o fim máximo da Lei da Ação Civil Pública, ante a possibilidade do Presidente da República contingenciar os recursos do Fundo, de forma que a aplicação de receitas resta impossibilitada, representando a maior objeção ao atual sistema centralizado e administrativo de aplicação das condenações em ações coletivas.⁷⁹

Ademais, o FDD vem sendo alvo de um número crescente de críticas diante da crise financeira que tomou conta do Brasil desde 2014, trazendo impactos econômicos, políticos e jurídicos. Dentre este último, um impacto significativo ao FDD levou o mesmo a sofrer duras críticas. Isso porque, no atual contexto político, a vinculação do FDD ao Ministério da Justiça e a sua submissão à Lei Orçamentária Anual fez com que o Conselho Gestor se encontrasse impossibilitado de aplicar os recursos recebidos.

O Ministério Público Federal em Campinas ajuizou a Ação Civil Pública n. 5008138-68.2017.4.03.6105, em face da União Federal, pelo contingenciamento dos recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos com o evidente intuito de criar uma falsa impressão de superávit. Conforme apontado pelo Procurador da República subscritor, Edilson Vitorelli, desde 2014 é possível verificar, pelos dados trazidos pelo próprio Conselho Gestor, que a arrecadação dos anos anteriores só é efetivamente empregada de forma mínima, indo de encontro ao propósito de arrecadação desses recursos.

O que foi constatado pelo Ministério Público Federal foi que a Lei Orçamentária Anual não destina para o ano subsequente à arrecadação qualquer destinação, fazendo com que exista uma dotação orçamentária que não é efetivamente aplicada por não

78 BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. In **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 67/2008, Recife: Revista dos Tribunais, p. 62-99, Jul-Set. 2008.

79 BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. In **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 67/2008, Recife: Revista dos Tribunais, p. 62-99, Jul-Set. 2008.

encontrar expressa previsão na Lei Orçamentária. Em consequência, o Conselho Gestor não pode autorizar novos projetos que utilizem o produto da arrecadação do Fundo.

Em decorrência de tal fato, as condenações judiciais no bojo de Ações Cíveis Públicas que visem a tutela de interesses transindividuais tornaram-se verdadeira forma de arrecadação primária do Executivo, como se tivessem natureza tributária. No bojo do Inquérito Civil n. 1.34.004.000625/2015-92, o qual originou a ACP, foi constatado que os recursos do FDD são utilizados pela União para reduzir a dívida líquida, de forma a equilibrar as contas públicas, desde o ano de 2006, conforme aduzido pelo ex-presidente do Conselho Gestor do FDD.

Embora a propositura da referida Ação Civil Pública represente um grande avanço no sentido de evitar o contingenciamento das arrecadações do Fundo, ainda que julgada procedente, a Ação ainda não resolve de todo o problema. Afinal, o cerne da questão não reside apenas na utilização dos recursos do Fundo, mas sim da ausência de alternativas ao mesmo para destinar as condenações pecuniárias.

Isso porque o Fundo de Defesa de Direitos Difusos é marcado por um caráter notadamente geral. Podemos observar, pelos dados trazidos pelo Ministério da Justiça (Anexo I) que embora a maioria esmagadora das condenações judiciais que passam a integrar a receita do Fundo sejam decorrentes de danos ambientais e consumeristas, há uma vasta gama de indenizações de outras naturezas, que envolvem o interesse de minorias, crianças e adolescentes, patrimônio cultural, dentre outros diversos. Isso porque o FDD não apresenta limite em relação à natureza do direito transindividual protegido. Consequentemente, o espectro de tutela é amplo.

Se por um lado essa abrangência permite que todos os direitos metaindividuais encontrem respaldo em nosso ordenamento jurídico brasileiro, a abrangência do Fundo impede que a condenação em pecúnia seja, de fato, utilizada para reparar o dano. Assim, há clara dissociação entre o dano sofrido e o a condenação judicial.

Além disso, como mencionado anteriormente, tanto no âmbito federal quanto estadual, o fundo previsto na LACP continua com natureza administrativa. Como dito, esta é a razão pela qual o magistrado responsável pela condenação não pode determinar uma destinação específica para o montante reparatório.

A partir do momento em que o recurso passa a integrar a receita do Fundo, se desvincula do processo judicial e passa a ser gerido pelo órgão responsável pela condução do Fundo, seu Conselho Gestor. Portanto, não é surpreendente que o art. 7º do Decreto Federal 1.306/94 determine que a aplicação dos recursos no local do dano é prioridade, mas não obrigação. Caso houvesse vinculação da indenização ao local do dano, estaria

descharacterizada a própria natureza administrativa do Fundo, que permite que seja empregado os recursos da melhor forma possível para garantir a efetividade da reparação.

Ocorre que assim, caberia ao Conselho Gestor direcionar a condenação ao dano que lhe originou, sem qualquer óbice para destinar a condenação pecuniária no âmbito do dano sofrido, tendo em vista que, embora não seja obrigatório que a aplicação do recurso se dê no local do dano, há expressa previsão da origem daquele recurso para possibilitar que assim se dê, conforme a Instrução Normativa 4/1998.

Há autores que defendem, com propriedade, que os recursos obtidos pela condenação judicial devem permanecer na localidade do bem, diminuindo a margem de escolha do Conselho Gestor. Nesse sentido:

[...]Assim, se um bem jurídico coletivo foi lesado numa comarca do interior, e o Ministério Público daquela comarca, através de ação civil pública de natureza condenatória, obtém a indenização pecuniária, não se pode admitir sejam tais recursos destinados à reparação de bens lesados na comarca da Capital, por exemplo. E mais: se por qualquer razão se demonstrar impossível a reparação, os valores que a esta seriam destinados deverão reverter, preferencialmente, para a reparação de outros bens de mesma natureza.

Para que isto possa ocorrer, no entanto, seria necessário alterar-se o disposto no art. 7.º, e parágrafo único, do Decreto Federal 1.306/94, com vistas a impor-se a obrigatoriedade da vinculação da aplicação dos recursos no mesmo local em que se deu o dano, e não apenas prioritariamente, como dispõe o art. 7.º, do referido Decreto. Igualmente, deve ser inserta norma que disponha acerca da destinação daqueles recursos, por ordem de preferência, na impossibilidade total da reparação.⁸⁰

Embora tal solução ajude a tornar o Fundo de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos mais efetivo na reparação das lesões sofridas, ainda é insuficiente para enfrentar o verdadeiro problema: O caráter obrigatório da destinação das condenações judiciais ao FDD.

Por expressa previsão legal no art. 13 da Lei 7.347/85, a indenização reverterá ao Fundo Federal regulamentado por decreto ou seu Fundo Estadual correspondente.

⁸⁰ LEITE, José Rubens Morato. Algumas considerações acerca do fundo para reconstituição dos bens lesados. **Revista dos Tribunais**, vol. 726, p. 71, abril, 1996, p. 71- 84.

Portanto, estamos diante de uma regra a qual não comporta escolha do operador do direito em aplicá-la ou não. Não há nenhuma margem dada pelo legislador infraconstitucional para que se interprete a norma no sentido de que a destinação ao Fundo é uma mera opção.

Assim, obrigatoriamente, no bojo de uma Ação Civil Pública, a condenação em dinheiro reverterá para o fundo previsto no art. 13, seja estadual ou federal, a depender do âmbito de abrangência do interesse violado.

O que aparentemente foi uma escolha deliberada do legislador com o intuito de reverter de forma segura as condenações judiciais para um meio de utilizá-las efetivamente, contudo, não vem se mostrando a melhor maneira de empregar os recursos arrecadados em sede judicial. O problema reside no fato de que a discricionariedade conferida ao Conselho Gestor do FDD é o que leva à ausência de devida aplicação com o intuito de reparar os danos sofridos. Na verdade, chamar de discricionariedade é, na verdade, um termo impróprio, pois estamos diante de uma verdadeira arbitrariedade sancionada por lei.

Estamos diante, portanto, de clara violação ao princípio da reparação integral. Tal princípio constitui o mandamento reitor da responsabilidade civil, e o caráter não patrimonial do interesse violado não pode ser utilizado como escusa para que se deixe de reparar, ao máximo possível o dano sofrido, porque é a partir da função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais que se deve garantir a eficácia do princípio da dignidade humana e da reparação integral⁸¹.

3. CONCLUSÃO

Não se discute os méritos do sistema brasileiro no tocante a destinação das condenações pecuniárias. O nosso sistema confere um grau de transparência muito maior em relação ao sistema norte-americano, tendo em vista que o Conselho Gestor se submete ao controle do Tribunal de Contas e demais mecanismos de fiscalização de recursos públicos.

Possui, ainda, maior aproximação com a sociedade na medida em que o Conselho é formado por membros da coletividade, o que implica que, em tese, a sociedade tem participação direta, por meio de seus representantes no Conselho, no tocante à aplicação dos recursos, o que não seria o caso se a decisão coubesse unicamente ao magistrado.

81 SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio da reparação integral na defesa do consumidor. In **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 108/2016, nov.-dez./2016, p. 89-117.

Entretanto, vemos claramente que os recursos não vêm sendo utilizados de maneira eficiente. Afastadas as possíveis alegações de que se trataria de um problema de ordem técnica ou de ordem legislativa, por tudo que foi exposto, resta claro que o verdadeiro empecilho para a utilização efetiva dos recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos é de natureza financeira, ou, mais especificamente, de natureza orçamentária.

Ao tratar o Fundo de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos como instrumento apto a garantir as manobras orçamentárias do Poder Executivo, nos deparamos com um número considerável de indenizações que, após serem incorporadas ao referido Fundo, restam esquecidas, não sendo utilizadas para recomposição específica no local do dano, tampouco em ações de prevenção. Dessa forma, para solucionar o problema, devemos considera-lo sob dois aspectos.

No âmbito interno, ou seja, dentro do Fundo de Defesa De Direitos Difusos e Coletivos, faz-se necessário que seja previsto na Lei Orçamentária Anual vinculação específica da receita do Fundo, de forma que o orçamento abarque de forma concreta a utilização dessas dotações orçamentárias correspondentes.

Já no âmbito externo, devemos considerar que a Lei da Ação Civil Pública permite a cumulação de obrigações, de forma que nos parece adequado que o magistrado, ao proferir a sentença, priorize a obrigação de fazer específica para o agente ofensor, e, a título de *punitive damages*, determine o pagamento de um valor significativo a ser destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a fim de que o referido Fundo seja cada vez mais voltado a ações preventivas, ficando a reparação propriamente dita centralizada em ações específicas determinadas pelo julgador.

Ainda, a Lei da Ação Civil Pública deve ser alterada de forma que a destinação ao Fundo seja uma faculdade, para, a cargo do magistrado, de forma devidamente fundamentada, seja possível a destinação específica da indenização, a fim de se atingir a máxima da reparação integral do dano, seja pela recomposição específica, seja pela determinação de ações preventivas.

REFERÊNCIAS

BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. In **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 67/2008, Recife: Revista dos Tribunais, p. 62-99, Jul-Set. 2008.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/7/85). 8ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Humberto João Carneiro. Estrutura, funcionamento e evolução do fundo de defesa dos direitos difusos – FDDD. In **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/25>>. Acesso em 15 de janeiro de 2022.

LEITE, José Rubens Morato. Algumas considerações acerca do fundo para reconstituição dos bens lesados. In **Revista dos Tribunais**, vol. 726, p. 71, abril, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio da reparação integral na defesa do consumidor. In **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 108/2016, nov.-dez./2016.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E ADEQUADA.

PRISCILLA PEREIRA OLIVEIRA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Única e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a insuficiência das tradicionais tutelas jurídicas para a proteção dos direitos da personalidade, tendo como fundamento norteador o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada. Assim, parte-se do estudo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada à luz da doutrina e das disposições normativas expressas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, especialmente, o Código Civil e o Código de Processo Civil, que fundamentam as tutelas em questão. Por fim, chega-se à conclusão, a partir do método de revisão bibliográfica, de que as tutelas tradicionais, expressas na clássica classificação trinária das ações, são insuficientes ou ineficazes à tutela jurisdicional efetiva e adequada dos direitos da personalidade, sendo imprescindíveis o uso das tutelas inibitórias e de remoção do ilícitos, sempre com o uso de técnicas processuais adequadas ao próprio direito material ameaçado de dano ou violado e observando a regra da proporcionalidade como forma de controle da decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela. Jurisdicional. Efetiva. Adequada. Personalidade.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the insufficiency of traditional legal guardianships for the protection of personality rights, based on the fundamental right to effective and adequate judicial protection. Thus, it starts from the study of the fundamental right to effective and adequate judicial protection in the light of the doctrine and normative provisions expressed in the Federal Constitution and in the infra-constitutional legislation, especially the Civil Code and the Code of Civil Procedure, which base the guardianships in question. Finally, based on the bibliographic review method, it is concluded that the traditional protections, expressed in the classic trinary classification of actions, are insufficient or ineffective for effective and adequate judicial protection of personality rights, being essential to use of injunctions and removal of wrongdoings, always using procedural techniques appropriate to the material law itself threatened with damage or violated and observing the rule of proportionality as a form of control of the judicial decision.

KEYWORDS: Guardianship jurisdictional. Effective Proper. Personality.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma abordagem da tutela jurisdicional adequada e efetiva em relação aos direitos da personalidade. Para tanto, tomar-se-á como base o texto constitucional, especialmente os incisos X e XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal, além da legislação infraconstitucional e doutrina correlatas.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, positivou no Direito pátrio dois direitos fundamentais a saber: o direito ao acesso à justiça e o direito à tutela jurisdicional efetiva.

A seu turno, o inciso X do mesmo artigo 5º estabelece 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”.

A referida norma constitucional positiva, em nível de direito fundamental, os direitos da personalidade, que, por sua vez, encontra ressonância na legislação ordinária, especialmente nos artigos 11 a 21 do Código Civil.

A proteção dos referidos direitos exige, do Poder Judiciário, a utilização de técnicas processuais e procedimentais adequadas e efetivas à sua proteção, de modo que a clássica classificação trinária das ações não se mostra mais suficiente à tutela de tais direitos.

Não basta que se garanta o acesso ao Poder Judiciário sem que esse acesso resulte em uma tutela que seja adequada e efetiva a resguardar o direito material lesado ou ameaçado de violação.

É neste contexto que a superação do uso das clássicas tutelas declaratórias, condenatórias e constitutivas, para que se implementem tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, sejam elas através de técnicas mandamentais ou executivas *latu sensu* com o fim de proteger os direitos da personalidade, sobretudo, porque o Direito, enquanto regulador social, não deve servir apenas à reparação do dano, mas e evitar que o direito seja violado.

Tal abordagem se mostra importante diante da superação do modelo de Direito produzido e sustentado pelo pensamento liberal, que predominou no mundo ocidental a partir da revolução francesa, até a maior parte do século passado, no qual prevaleceu a rígida separação dos poderes do Estado e culminou numa espécie de proibição, ainda que implícita, ao juiz de determinar medidas de coerção além daquelas típicas da execução por quantia certa, expropriatórias e que tinham como fim único a reparação pecuniária dos danos causados aos direitos.

O denominado princípio da taxatividade ou tipicidade dos meios executivos, decorrente do pensamento mencionado, limitou demasiadamente o poder dos juízes e, conseqüentemente, a proteção aos direitos, sobretudo, aos direitos da personalidade, de modo que a tutela de tais direitos não mais se contenta com normas proibitivas ou com os meios executivos tradicionais, mas exige uma atuação ativa do Estado no sentido de que o direito à tutela efetiva e adequada dos direitos da personalidade se constitui em deveres prestacionais, que somente se efetivam com a adoção de técnicas processuais que não somente reparem os danos, mas que os inibam ou os removam.

2. DO DIREITO DE AÇÃO CLÁSSICO AO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Segundo Alexandre Freitas Câmara, “dá-se o nome de ação ao direito, a todos assegurado, de atuar em juízo, exercendo posições ativas ao longo do processo, a fim de postular tutela jurisdicional” (2018, posição 1091).

Adotar-se-á o referido conceito ao desenvolver o presente trabalho, por entender ser o que mais adequado e por representar o avanço experimentado pela ciência jurídica nos últimos anos, sobretudo, aqueles decorrentes da positivação de direitos fundamentais no corpo da Constituição Federal de 1988.

Assim, resta claro que o direito de ação não se cuida apenas de um direito do autor em buscar o poder judiciário na busca de um provimento jurisdicional que lhe favoreça, mas de um direito a ser desenvolvido no âmbito do processo, de modo que, ao praticar os atos processuais, sob contraditório, tanto autor como réu estão a exercer o mesmo direito de ação de que são titulares.

Ao longo da evolução da dogmática processual civil, o direito de ação passou por diversas concepções, sendo que, invariavelmente, a discussão ficou centrada na concretude ou na abstração de tal direito, ou seja, na sua vinculação ao direito material ou na sua independência.

Segundo a definição de Celso, citado por Cintra, Grinover e Dinamarco:

“a ação seria o direito de pedir em juízo algo que nos é devido (*ius quod sibi debeat in iudicio perseguendi*). Durante muitos séculos, dominados pela ideia de que ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguiu ação do direito subjetivo material”. (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2009, p. 267 a 268).

A teoria citada foi denominada pela doutrina de clássica ou imamentista e, segundo tal teoria, “a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação” (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2009, p. 268).

A partir da constatação de que o direito de ação seria um direito autônomo em relação ao direito material violado ou ameaçado de violação, “duas correntes passaram a disputar a explicação do direito de ação: a) a teoria do direito concreto à tutela jurídica; b) a teoria do direito abstrato de agir.” (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2009, p. 268).

Em síntese, para a teoria do direito de ação como um direito autônomo e concreto, “a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável” (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2009, p. 269).

Ainda segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, na clássica obra Teoria Geral do Processo, na linha de pensamento que concebe o direito e ação como um direito autônomo e abstrato,

“o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione o um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá favorável como desfavorável. Sendo uma ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito.” (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2009, p. 270).

Por fim, quem elaborou uma teoria da ação que permanece viva até os dias atuais, sendo, inclusive, citada frequentemente nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, foi Enrico Tullio Liebman, jurista italiano que se radicou no Brasil durante o período da Segunda Guerra Mundial: cuida-se da Teoria Eclética da Ação.

Nas palavras do próprio Liebman,

“O direito de ação adquiriu assim uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo diverso daqueles do direito substancial, porque se dirige contra o Estado, sem pretender uma prestação dele: é antes um direito de iniciativa e de impulso, com o qual o cidadão põe em movimento o exercício de uma função

pública, da qual espera obter a proteção das próprias razões, dispondo para tal fim dos meios fornecidos pela lei para fazê-las valer (embora sabendo que o resultado poderá também lhe ser desfavorável); é portanto um direito fundamental do cidadão, que qualifica sua posição no ordenamento jurídico e em confronto com o Estado, conferido e regulado pela lei processual, mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos delineados seus contornos essenciais. Ele é disciplinado portanto pelo direito em vigor no momento em que a ação é proposta, mesmo se a relação substancial a que se refere for regulada por lei anterior, analogamente, a admissibilidade da ação, assim como suas condições de exercício são reguladas pela *lex fori*, qualquer que seja a lei que regula a relação substancial deduzida em juízo. (Liebman, 2003, p. 237 a 238).

Embora a contribuição de Liebman ainda possa ser considerada como aceita pelos Tribunais pátrios e pelo próprio Código de Processo Civil de 2015, que estabelece, em seu artigo 17, que “para postular em juízo é necessário interesse e legitimidade”, a doutrina tem evoluído no sentido de que o direito de ação, conforme já mencionado acima, não pode mais ser concebida apenas como um direito do autor, mas das partes em juízo, bem como não se trata apenas de “um direito subjetivo diverso daqueles do direito substancial, porque se dirige contra o Estado, sem pretender uma prestação dele” (Liebman, 2003, p. 237), mas de um direito de cunho prestacional a ser exercido em face do próprio estado para a tutela dos direitos materiais.

Ao afirmar, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a Constituição Federal, mais do que afirmar o direito de ação, garante a todos o “direito a uma prestação jurisdicional efetiva” (Marinoni, 2018, p. 126).

Para Marinoni,

Diante do aspecto funcional dos direitos fundamentais e do direito à efetiva tutela jurisdicional, esse não pode ser pensado como um direito de defesa, ou seja, como um direito de natureza negativa, uma vez que consiste, como é evidente, em um direito de exigir uma prestação do estado. (Marinoni, 2018, p. 130).

Daí decorre que o direito à efetiva prestação jurisdicional, antes concebido apenas como um direito de provocação da jurisdição – direito de ação, concede aos sujeitos de direito, uma série de prestações fáticas. Porém, “não pode ser visto apenas como: i) o direito

à técnica processual adequada; ii) o direito de participar por meio do procedimento adequado; ou iii) o direito à resposta do juiz” (Marinoni, 2018, p. 130). Não se trata de conceder os citados direitos de forma isolada, mas de “pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social” (Marinoni, 2018, p. 155).

3. A INSUFICIÊNCIA DAS TUTELAS CONDENATÓRIAS E DECLARATÓRIAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS

Basicamente, o direito processual civil conheceu, diante da denominada classificação trinária das ações, as ações condenatórias, constitutivas e declaratórias, que produzem, ao final do processo, basicamente, sentenças das mesmas espécies.

Donizetti conceitua a sentença condenatória como sendo “aquela que, além de promover o acertamento do direito, declarando-o, impõe ao vencido uma prestação passível de execução” (Donizetti, 2017, p. 709).

Já a sentença declaratória é aquela que “tem por objeto simplesmente a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento” (Donizetti, 2017, p. 709).

Por fim, ainda segundo Donizetti, na sentença constitutiva, além da declaração do direito, há a constituição de novo estado jurídico, ou a criação ou a modificação de relação jurídica (Donizetti, 2017, p. 710).

É de se notar que os tipos de sentença acima apresentados, integrantes da denominada classificação ternária das ações, somente permite constituir um título executivo, no caso das sentenças condenatórias, obter uma declaração no caso de sentença declaratória e constituir ou deconstituir uma situação jurídica no caso das sentenças constitutivas (positivas ou negativas).

Marinoni aduz que,

“Entretanto, foram as novas necessidades de tutela jurisdicional, especialmente as marcadas por conteúdo não patrimonial, que passaram a exigir imposição de condutas de não fazer e, por consequência, a sentença mandamental. Ora, de nada adianta impor um não fazer sem que ao provimento do juiz seja atrelada uma medida de coerção indireta, como a multa” (Marinoni, 2018, p. 84).

Das palavras de Marinoni, extrai-se que a sentença mandamental é aquela que, ao impor uma conduta através de sentença, fixa uma medida de coerção indireta a fim de

convencer a pessoa a quem se dirige a ordem a cumpri-la, sendo a multa o meio mais usual de coerção indireta aplicado.

Quanto à sentença executiva *latu sensu*, Donizetti aduz que nelas “o preceito determina o que deve ser feito” (Donizetti, 2017, p. 710), ou seja, “o comando jurisdicional determina, por ele mesmo, o cumprimento satisfativo da pretensão” (Donizetti, 2017, p. 711). “É suficiente declarar que o réu cometeu ato contrário ao direito, pois isso autoriza a expedição do mandado executivo, exatamente porque a execução não depende de algo a ser feito pelo réu” (Marinoni, 2018, p. 86).

A referência à classificação das sentenças se fez necessária para que se identifique que, para cada tipo de sentença, é possível visualizar um tipo de tutela jurisdicional, que compõe intrinsecamente o provimento do juiz.

Contudo, com a evolução do Direito e, conseqüentemente, a evolução do Direito Processual Civil e da própria técnica processual, é possível perceber que as tutelas que compõem as sentenças, também integram os provimentos jurisdicionais oriundos de cognição sumária, ou seja, a tutela pode ser prestada por todo e qualquer provimento jurisdicional, seja ele de cognição sumária ou exauriente.

Segundo Marinoni, “a condenação foi pensada para o caso de violação, ao passo que a sentença que é suficiente por si só – como a declaratória –, e assim não interferir na realidade dos fatos, é completamente incapaz de evitar o ilícito ou o dano” (Marinoni, 2018, p. 61).

Diante da incapacidade do modelo tradicional em dar efetividade à tutela jurisdicional, sobretudo, no que tange à prevenção dos direitos contra as possíveis violações, é que os processualistas pensaram na utilização da denominada tutela cautelar.

“A doutrina sempre viu a tutela cautelar como uma garantia e efetividade do processo de conhecimento. Daí, ter afirmado sua natureza instrumental. Contudo, se a tutela do processo de conhecimento não é preventiva, a cautelar, não pode assumir tal função. Não apenas porque aí a tutela cautelar estaria exercendo exatamente a função não desejada pelos liberais, mas também porque uma providência instrumental não pode ser utilizada para algo (prevenir) que a própria tutela jurisdicional final está impossibilitada de propiciar”. (Marinoni, 2018, p. 61).

Note-se que o processo, porquanto destinado à satisfação de um direito material, ou seja, a entregar ao autor ou ao réu o bem da vida pretendido, seja o provimento

provisório ou definitivo, sempre haverá uma espécie de tutela, ou seja, sempre haverá uma resposta à pretensão e esta resposta deve ser efetiva e adequada. Do contrário, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal seria apenas um elemento retórico, o que não condiz com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, expressa no § 1º do mesmo artigo 5º da Carta Magna.

Assim sendo, as ações inibitória e de remoção do ilícito são autônomas e, assim devem ser veiculadas por meio do processo de conhecimento, especificamente por intermédio de um procedimento dotado de técnica antecipatória e das sentenças mandamental e executiva. Atualmente, diante de uma leitura adequada dos artigos 536 do CPC e 84 do CDC, não há como ignorar que os direitos à inibição e à remoção do ilícito podem ser efetivamente exercidos mediante ação de conhecimento. (Marinoni, 2018, p. 67).

Portanto, na atual conjuntura de desenvolvimento da ciência jurídica, não há como pensar em tutela efetiva e adequada sem incluir na prática processual as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, sejam elas efetivadas através de sentenças mandamentais ou executivas *latu sensu*.

4 . A ESPECIFICIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – O USO DAS TUTELAS INIBITÓRIAS E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO EM CASOS DE LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código Civil de 2002, ao contrário do Código Civil de 1916, que não previu um capítulo próprio dedicado aos direitos da personalidade, dedicou o capítulo II, do Título I, do Livro I, à disciplina de tais direitos, prevendo nos artigos 11 a 21 regras específicas para a tutela normativa de tais direitos.

Segundo Stolze,

“Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros”. (Stolze, 2020, p. 128).

Por terem como característica intrínseca a natureza extrapatrimonial, ou seja, não são suscetíveis de avaliação econômica imediata, não se contenta, para a sua efetiva proteção, com as tradicionais espécies de tutela: a condenatória, a declaratória e a constitutiva.

Conforme aduz Marinoni,

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – garantido pelo artigo 5º, XXXV, da CF – obviamente corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade. (Marinoni, 2018, p. 69).

O artigo 21 do Código Civil estabelece que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Da leitura adequada do texto legal acima transcrito infere-se que o legislador civil, ao prever o direito à inviolabilidade da vida privada, também previu claramente a possibilidade de o titular do direito dispor de mecanismos de tutela adequados à prevenção dos direitos daí decorrentes. O termo “impedir”, evidentemente, corresponde à tutela inibitória, enquanto a expressão “fazer cessar ato contrário” corresponde à tutela de remoção do ilícito.

Proto Pisani, citado por Arenhart, aduz que:

“mas, se é assim; se a tutela sucessiva, restitutória por equivalente monetário é por definição inadequada, vai daí também que os direitos da personalidade têm necessidade de uma tutela que intervenha, nos limites das possibilidades humanas, antes da violação ou na sua imediatidade, ao escopo de impedir a violação e/ou a sua continuação. Presente a irreversibilidade dos efeitos da violação dos direitos da personalidade, presente a inadequação de qualquer forma de tutela sucessiva *ex post* a restituir ao sujeito aquela liberdade de que não pode gozar (sob este aspecto mesmo os refinados instrumentos de publicação da sentença, ex art. 120 c.p.c., ou da retificação, ex art. 8 l. 47/48, modificado pelo art. 42 l. 416/81, exibem aspectos de inadequação não fosse outro pela gravidade das

consequências que, em tema de ausente fruição de direitos não patrimoniais, derivam do princípio *quod infectum factum fieri nequit*, a tutela dos direitos da personalidade deverá ser quanto possível preventiva, dirigida a impedir a violação ou a sua continuação; em uma palavra, deverá ter conteúdo inibitório; deverá ter seu fulcro não tanto na (embora necessária) eliminação dos efeitos de uma violação já ocorrida, mas em impedir que a violação seja posta em prática ou então continue ou ainda seja repetida. (Arenhart, 2000, p. 108-109).

É no contexto apresentado que a compreensão do disposto no artigo 536 do Código de Processo Civil e de seu parágrafo 1º se mostra de suma importância. Veja-se o que dispõe o texto legal citado:

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

Arenhart, ao se referir ao antigo artigo 461, do Código de Processo Civil, idêntico ao atual artigo 536, afirma que, “embora a norma refira-se a obrigações, ao que parece, autoriza também o uso deste procedimento para direitos não-obrigacionais, tais como os direitos da personalidade” (Arenhart, 2000, p. 110).

Observa-se, da singela dicção do dispositivo, ser ele realmente capaz de veicular tutelas não somente condenatórias, mas especialmente mandamentais e executivas lato sensu. De outra parte, também permite a proteção provisória do direito ameaçado. Concebe, ademais, a realização in natura da pretensão exposta. Por fim, elenca técnicas de coerção capazes de atuar na vontade do requerido, para impor-lhe a abstenção pretendida. Coteja, pois, o dispositivo com todas as carências da proteção da vida privada. Vê-se, aí, o caminho adequado da tutela deste direito. (Arenhart, 2000, p. 111).

Ainda no Código de Processo Civil, o artigo 139, inciso V, prevê a possibilidade de o juiz adotar medidas suficientes à tutela dos direitos, não somente nos direitos tidos por extrapatrimoniais, mas também naquelas que tenham por objeto prestação pecuniária. Observe-se

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

O referido dispositivo de lei reforça o que fora dito anteriormente, no sentido de que, a tutela dos direitos da personalidade, em razão das características que lhes são próprias, pode e deve ser efetivada pelo juiz, inclusive, através do uso de meios atípicos, não se contentando com os meios tradicionais.

Kazuo Watanabe, também citado por Arenhart, aduz que, “no plano do provimento jurisdicional, ao juiz foi conferido o poder de adotar todas as providências adequadas e legítimas à tutela” (Arenhart, 2000, p. 183).

Um exemplo notório de tutela inibitória com o uso de mecanismo de coerção indireta atípico, diante da ineficácia da multa, ocorrido no Brasil diz respeito ao caso em que uma determinada atriz famosa teve a sua intimidade devassada por parte de um programa de televisão, que, a toda semana, insistia em promover o uso de sua imagem.

A atriz alegou que teve sua vida e tranquilidades violadas por ter sido perseguida pelos personagens do programa. A situação atingiu o ápice quando os repórteres foram ao condomínio onde ela mora com guindaste e megafone, chamando-a pelo nome. O fato atraiu a atenção dos vizinhos, o que, segundo ela, lhe expôs a perigo, tornando público o local de sua residência.

Na ocasião, o magistrado fixou multa a fim de impedir a renovação das violações aos direitos da referida atriz. Contudo, a multa, mesmo majorada diversas vezes, não se mostrou capaz de impedir a violação do direito.

Diante da reiteração e da ineficácia da multa para inibir e fazer cessar a conduta violadora do direito, o Juiz impôs à emissora de televisão que, se não fosse cessada a conduta, seria suspensa a programação da emissora. Só assim a ordem judicial foi cumprida.

Note-se que foi preciso uma medida até certo ponto extrema por parte do Judiciário, mas, sem qual, não haveria efetividade da tutela jurisdicional.

Em relação à tutela de remoção do ilícito por violação dos direitos da personalidade, o caso mais comum que se apresenta nos tribunais pátrios com o advento das redes sociais e da comunicação em massa através da rede mundial de computadores, diz respeito à retirada de conteúdo de provedores de internet.

Via de regra, a tutela é efetivada através da coerção exercida sobre o provedor de internet, o que se faz através da fixação de multa, porém, é possível que se adotem outras medidas, caso a multa não seja efetiva à satisfação do direito.

A percepção de que existe um arsenal de regras objetivando dar proteção a direitos fundamentais absolutamente invioláveis torna urgente a compreensão da real função dessas regras. Tais regras – que dão tutela aos direitos fundamentais – têm o objetivo de evitar danos. Assim, quando ameaçadas de violação, ou mesmo quando violadas, exigem uma modalidade de tutela jurisdicional não preocupada com o dano. Se a finalidade da tutela jurisdicional, ligada à norma de proteção, não é de ressarcimento, mas sim de evitar que a norma seja violada ou de remover o ato que implicou sua violação, cabe atentar somente para a norma jurídica e para o direito por ela resguardado. Se a função da norma é dar tutela ao direito fundamental, o objetivo da tutela jurisdicional somente pode ser dar efetividade à norma e ao direito, o que não é o mesmo, como evidente, do que outorgar tutela ressarcitória. (Marinoni, 2018, p. 109).

Inobstante, em princípio o juiz possa adotar qualquer meio idôneo para efetivar a tutela jurisdicional, há de se destacar que não se trata de arbitrariedade, tampouco de colocar os direitos da personalidade em posição de superioridade, *prima facie*, em relação a outros direitos.

É nesse contexto que a aplicação da regra da proporcionalidade se mostra de suma importância e como elemento de controle do ato judicial, por impor limites à atuação do juiz diante da colisão de direitos igualmente fundamentais.

No dizer de Alexy, “se dois ou mais princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder” (Alexy, 2017, p. 93).

Assim sendo, pode ocorrer, por exemplo que a violação do direito da personalidade se deu no âmbito da imprensa, direito também protegido pela liberdade de expressão. Sabe-se que os dois direitos são igualmente fundamentais, conforme decorre das próprias normas constitucionais que os instituem. No caso, como salienta Virgílio Afonso da Silva, “não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta” (Silva, 2017, p. 50-51).

A solução não deve partir de uma análise abstrata dos direitos postos em colisão, mas ser alcançada com a técnica denominada ponderação, com a aplicação da regra da proporcionalidade, com as suas vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a tutela efetiva dos direitos da personalidade, seguindo uma linha que considera, antes de tudo, a própria especificidade de tais direitos, não se contenta com as formas de tutela outrora utilizadas e derivadas da classificação trinária das ações.

Mais que isso, o direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada, por possuir natureza prestacional, somente é garantido quando o juiz dispõe de meios coercitivos próprios a tornar efetiva a sua decisão, de modo que as tutelas derivadas das denominadas ações mandamentais e executivas lato senso, aplicadas na forma de tutela inibitória e de remoção do ilícito, se mostram imprescindíveis na atual quadra de desenvolvimento da ciência jurídica, especificamente, da dogmática processual civil.

Apesar de os meios serem atípicos, sempre será possível o controle de eventual arbitrariedade com a aplicação da regra da proporcionalidade.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 5ª tiragem – São Paulo: Malheiros, 2017.

ARENHART, Sergio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. 1ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. - (Coleção temas atuais de processo civil; v. 2).

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4ª edição – São Paulo: Atlas, 2017. (livro digital).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição – São Paulo: Malheiros, 2009..

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20ª edição – São Paulo: Atlas, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Processo Civil**, v. 1. Palmas: Intellectus Editora, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 5ª edição - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil – volume único – 4ª edição** – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA NO AUXÍLIO AO TRABALHO INVESTIGATIVO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

PAULO HENRIQUE SILVA RIBEIRO:
Acadêmico do curso de Direito da
Unidade de Ensino Superior do Sul do
Maranhão – UNISULMA/IESMA

ABEL GABRIEL GONÇALVES JUNIOR⁸²
(orientador)

RESUMO: O presente artigo possui como objetivo se aprofundar no estudo da Investigação Criminal Tecnológica, tema pouco debatido no universo acadêmico brasileiro, e mostrar como ela pode auxiliar o trabalho investigativo policial. Tendo em vista o rápido avanço tecnológico na sociedade hodierna, é imprescindível que os órgãos integrantes da Polícia Judiciária busquem meios de combater a criminalidade, condizentes com seus avanços, uma vez que ela está sempre se atualizando e reinventando. Para tanto, o presente estudo possui natureza exploratória e bibliográfica, visto que o trabalho foi fundamentado com base em material já elaborado, principalmente livros e artigos científicos. No desenvolvimento do artigo, foram extraídas e analisadas quatro vertentes principais do conceito de investigação criminal tecnológica, quais sejam, inteligência cibernética, equipamentos e softwares específicos, novas modalidades de afastamento de sigilo e fontes abertas. Ademais, foram demonstrados casos reais de aplicação das ferramentas abordadas no estudo, atestando o proveito obtido com elas. Portanto, o artigo atingiu seu objetivo ao demonstrar a eficácia da Investigação Criminal Tecnológica no auxílio ao trabalho da Polícia Judiciária em dar um fim útil ao inquérito policial.

Palavras-Chave: Inquérito Policial. Investigação Criminal Tecnológica. Polícia Judiciária.

ABSTRACT: This article aims to deepen the study of Technological Criminal Investigation, a topic little discussed in the Brazilian academic universe, and to show how it can help police investigative work. In view of the rapid technological advance in today's society, it is essential that the bodies that make up the Judiciary Police seek ways to combat crime, consistent with their advances, since it is always updating and reinventing itself. Therefore,

82 Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Especialista em Direito Constitucional pela UNIDERP. Professor de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha - FEST, Faculdade de Imperatriz - FACIMP e Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. Professor Substituto de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2017-2019). Advogado. E-mail: abel.goncalves@unisulma.edu.br

the present study has an exploratory and bibliographic nature, since the work was based on material already prepared, mainly books and scientific articles. In the development of the article, four main aspects of the concept of technological criminal investigation were extracted and analyzed, namely, cyber intelligence, specific equipment and software, new modalities of secrecy removal and open sources. In addition, real cases of application of the tools discussed in the study were demonstrated, attesting to the benefit obtained with them. Therefore, the article achieved its objective by demonstrating the effectiveness of the Technological Criminal Investigation in helping the Judiciary Police to put a useful end to the police investigation.

Keywords: Police Investigation. Technological Criminal Investigation. Judiciary Police.

1 INTRODUÇÃO

A priori, é notório o avanço tecnológico ocorrido nas últimas duas décadas, desde uma conexão de internet mais veloz, o acesso a milhares de informações na ponta dos dedos, até a comunicação instantânea e o surgimento de redes sociais. Entretanto, tamanho desenvolvimento tecnológico que trouxe diversas facilidades para o dia a dia, também possibilitou aos mal-intencionados novas maneiras de cometer crimes, bem como de esconder os rastros criados por eles.

Dessa forma, é imprescindível que os órgãos integrantes da Polícia Judiciária brasileira busquem novos meios de acompanhar essa mudança trazida pelo século XXI, de maneira que não fiquem obsoletos enquanto a criminalidade avança por meio da tecnologia.

Em virtude disso, o presente artigo busca se aprofundar no estudo da Investigação Criminal Tecnológica, tema recente e ainda pouco debatido no universo acadêmico brasileiro. Dessa forma, o trabalho possui como objetivo analisar o conceito de investigação criminal tecnológica, detalhando as vertentes que puderem ser extraídas dessa definição, bem como as ferramentas que podem ser utilizadas pela polícia e que se encaixam no conceito trazido no artigo. Ademais, também visa exemplificar casos práticos em que foram utilizados meios de investigação criminal tecnológica e que resultaram em um fim útil ao inquérito policial, impulsionando a ação penal.

Para tanto, tendo em vista o intuito de se aprofundar no assunto abordado, o presente artigo, em relação aos objetivos, foi classificado como uma pesquisa exploratória, que visa, no dizeres de Carlos Gil (2002, p. 41), "proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou construir hipóteses", acrescenta ainda o autor, que o objetivo principal desse tipo de pesquisa é "o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições".

Por outro lado, em relação aos procedimentos técnicos utilizados, estes foram classificados como pesquisa bibliográfica, visto que a pesquisa foi “desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 2002, p. 44).

Dessa forma, inicialmente faz-se mister analisar o sistema de investigação criminal brasileiro, para que, em seguida, possa ser estudado o conceito, as aplicações práticas e os resultados da Investigação Criminal Tecnológica no auxílio ao trabalho investigativo da Polícia Judiciária.

2 SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 versa em seu artigo 144 sobre a segurança pública, o *caput* do referido dispositivo diz que a segurança pública é exercida pelos seguintes órgãos: I – Polícia Federal; II – Polícia Rodoviária Federal; III – Polícia Ferroviária Federal; IV – Polícias Civis; V – Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e; VI – Polícias Penais Federal, Estadual e Distrital.

Ademais, dispõe ainda, que à Polícia Federal e às Polícias Civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incubem o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Nos dizeres de Távora e Alencar (2020), a função primordial da policial judiciária é a elaboração do inquérito policial, agindo, em regra, após a ocorrência da infração, de maneira repressiva, com o intuito de apurar a autoria e materialidade do delito.

Na perspectiva do direito processual penal brasileiro, conforme expõe o Código de Processo Penal de 1941 em seu artigo 4º, a apuração de infrações penais e sua autoria são de responsabilidade da Polícia Judiciária que serão exercidas pela autoridade policial. De acordo com a Lei 12.830/2013, artigo 2º, §1º, caberá ao Delegado de Polícia a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Nas lições de Renato Brasileiro, inquérito policial é um:

Conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e a materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (LIMA, 2019, p. 109).

Segundo Gomides, ao longo dos últimos anos a investigação criminal conduzida pela polícia judiciária vem sendo questionada sobre sua real efetividade em âmbito nacional. De acordo com o autor, “o desprestígio do inquérito policial está relacionado aos constantes abusos de poder, quebra de direitos civis e intervenção do Estado dentro das forças policiais” (2020, p. 18).

Ademais, em consonância com esse pensamento estão os dizeres de Gustavo Soares, nesse sentido:

O foco da repressão policial não se concentra na investigação criminal, mas em prisões em flagrante de pequenos (e supostos) traficantes de drogas e assaltantes: tais prisões são mais fáceis que as ações investigativas, transmitem maior impressão de efetividade em favor dos órgãos de segurança pública e geram estatísticas, a serem usadas política e eleitoralmente (SOARES, 2014, p. 190).

Ainda nessa linha de raciocínio, conforme conceito citado anteriormente, o inquérito policial busca angariar elementos de informação e identificar fontes de prova visando o reconhecimento dos indícios de autoria e materialidade. Entretanto, o Código de Processo Penal traz no *caput* do artigo 155 que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não-repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Dessa forma, percebe-se que no âmbito da ação penal, o inquérito policial tem pouco valor para o embasamento judicial de condenação ou absolvição. Ainda assim, a fase pré-processual é de grande valia, segundo Gomides (2020, p. 23), “a evolução das técnicas investigativas se mostra de extrema importância e enorme imprescindibilidade na sociedade atual”, visto que, o papel tecnológico na investigação criminal permite aos investigadores “obter mais informação e com mais celeridade, representando deste modo uma grande ajuda na investigação criminal” (MIRANDA; MACHADO, 2014, p. 13).

Isto posto, verifica-se que a utilização de novos meios tecnológicos já disponíveis às Polícias Judiciárias é imprescindível no momento atual brasileiro, tendo em vista a rápida adaptação da criminalidade à tecnologia e a lentidão legislativa para auxiliar no combate a essa mazela social.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA

Diante disso, como forma de compreender as ferramentas que podem ser utilizadas pela polícia judiciária no inquérito policial visando conferir uma maior robustez ao titular da ação penal no momento da denúncia, traz-se o conceito de Investigação Criminal Tecnológica que se entende como:

[...] um conjunto de recursos e procedimentos, baseados na utilização da tecnologia, que possuem o intuito de proporcionar uma maior eficácia na investigação criminal, principalmente por intermédio da inteligência cibernética, dos equipamentos e softwares que permitem a análise de grande volume de dados, a identificação de vínculos entre alvos e a obtenção de informações impossíveis de serem agregadas de outra forma, da extração de dados de dispositivos eletrônicos, das novas modalidades de afastamento de sigilo e da utilização de fontes abertas (OLIVEIRA; JORGE, 2020, p. 2).

Conforme exposto, pode-se extrair do supracitado conceito 4 vertentes principais de utilização da Investigação Criminal Tecnológica, quais sejam: a inteligência cibernética, o uso de equipamentos e softwares específicos, as novas modalidades de afastamento de sigilo e a utilização de fontes abertas. Ademais, é válido acrescentar também em conjunto com as fontes abertas, a busca de elementos informativos por meio das redes sociais, tendo em vista a vasta quantidade de dados pessoais disponíveis nesses meios, fator que pode ser crucial na procura por indícios de autoria e materialidade.

Analisando o conceito de Investigação Criminal Tecnológica, percebe-se que a referida técnica se mostra extremamente útil tanto para colheita de elementos informativos, quanto para a de elementos de prova, mediante a utilização de medidas cautelares que serão posteriormente analisadas no presente artigo.

Dessa forma, faz-se mister ressaltar a importância dessa inovação na seara investigativa, visto que, segundo Jorge (2018), na investigação tradicional, seriam utilizadas técnicas de entrevista e interrogatório, observação do alvo, infiltração, vigilância, dentre outras. Contudo, conforme leciona Miranda e Machado:

A rudimentariedade, morosidade e falibilidade são usualmente associadas aos meios tradicionais. Enquanto no passado tudo teria de ser averiguado manualmente e ao nível local, no presente a informática permite a averiguação automática ao nível nacional e até internacional (MIRANDA; MACHADO, 2014, p. 17).

Ainda assim, as técnicas de investigação tradicionais são de extrema importância para o trabalho da polícia judiciária, portanto, devem ser utilizadas em conjunto com os

instrumentos de investigação criminal tecnológica, buscando sempre a melhor maneira de colher indícios de autoria e materialidade afim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo contra o transgressor da lei.

Nos próximos subtópicos, para melhor explanação do conteúdo, serão abordados os 4 pontos principais que podem ser extraídos do conceito de investigação criminal tecnológica: inteligência cibernética, equipamentos e softwares específicos, novas modalidades de afastamento de sigilo e fontes abertas.

3.1 Inteligência Cibernética

A acelerada evolução tecnológica no fim do século XX e início do século XXI, com a rápida expansão e disseminação da internet pelo globo, além dos inúmeros benefícios também trouxe consigo alguns males. De acordo com Santos e Monteiro:

A crescente conectividade entre sistemas de informação, a Internet e outras infraestruturas criam oportunidades para agressores desestabilizarem telecomunicações, redes elétricas, linhas de transmissão, refinarias, sistemas financeiro e bancário e outras estruturas críticas (SANTOS; MONTEIRO, 2009, online).

Nesse diapasão, faz-se mister trazer o conceito de ciberguerra, que em muito se relaciona com a inteligência cibernética, nas palavras de Emerson Wendt:

Guerra Cibernética é uma ação ou conjunto associado de ações com uso de computadores ou rede de computadores para levar a cabo uma guerra no ciberespaço, retirar de operação serviços de internet e/ou de uso normal da população (energia, água, etc.) ou propagar códigos maliciosos pela rede (vírus, trojans, worms etc.) (WENDT, 2011, p.16).

Vale mencionar que a guerra cibernética mencionada pelo autor não se trata somente de uma guerra, tal qual as tradicionais entre soberanias, mas sim da ação de indivíduos ou grupos mal intencionados que utilizam de meios tecnológicos, com o auxílio da internet, para cometer atos de cibervandalismo, crimes cibernéticos, ciberespionagem, ciberterrorismo e, por fim, a ciberguerra em si que afeta a soberania das nações.

Reiterando o supracitado, de maneira a demonstrar a atualidade do conceito explicitado, especificamente a parte de propagação de código maliciosos na internet,

“segundo relatório da Kaspersky, o número de ataques de *phising*⁸³ dobrou durante o mês de março de 2020, na quarentena causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) (TEIXEIRA; *et al*, 2021, p. 2)”.

Diante de todo o exposto, é imprescindível conceituar Inteligência Cibernética, que, segundo Jorge (2021, p. 28) “consiste na capacidade de produzir conhecimentos, antecipar cenários, atuar de forma proativa e oferecer respostas eficazes contra eventuais ameaças que possam colocar em risco dados, pessoas ou instituições”.

Em complemento, Wendt (2011) disserta que a inteligência cibernética serve para orientar os organismos públicos e privados no sentido de acompanhar, detectar e analisar as ameaças virtuais, sugerindo ações proativas e abrangentes, de maneira constante, onde as máximas estão na resposta e solução rápida, resposta essa que servirá não só para orientar as medidas administrativas e preventivas, mas também para delinear os aspectos repressivos, a cargo das polícias judiciárias.

O autor do conceito traz como exemplos da utilização da inteligência cibernética:

Eliminar informações sobre integrantes de órgão da segurança pública; promover a vigilância em fórum de discussões da *deep web* que distribui imagens de abuso infantil; realizar o policiamento preventivo especializado no ambiente cibernético; e capacitar os integrantes de instituição sobre a segurança da informação e procedimentos preventivos (JORGE, 2021, p. 28).

Por fim, é válido citar alguns dos conteúdos mais importantes abrangidos pela inteligência cibernética: a) análise das vulnerabilidades sobre as redes, sistemas e serviços existentes, com foco na conexão à rede regional, nacional e/ou mundial de computadores; b) enfoque na engenharia social⁸⁴ virtual e nos efeitos danosos, principalmente nas fraudes eletrônicas, mais especificamente, monitorar as distribuições de *phising scam* e outros códigos maliciosos (malwares), tanto por websites quanto por e-mail e as demais de disseminação, com atenção especial para as redes sociais e aplicativos de mensagem instantânea; por último, c) detectar e monitorar os dados sobre fraudes eletrônicas e o

⁸³ Técnica que se utiliza da engenharia social para fazer suas vítimas, persuadindo-os com objetivos de capturar as informações pessoais e depois usá-las de forma a causar-lhes prejuízos (OLIVO, 2010 apud PEREIRA, 2012, p. 16).

⁸⁴ Conjunto de técnicas que visam a obtenção de informações de uma pessoa ou organização de maneira discreta, sem que ela perceba, geralmente se utilizando da ingenuidade da vítima, persuasão, dissimulação ou confiança.

correspondente valor financeiro decorrente das ações dos criminosos, visando o rastreamento e possível bloqueio dos bens e valores oriundos dessas práticas (WENDT, 2011).

Portanto, em virtude da crescente conectividade do mundo globalizado, torna-se necessário uma atenção maior ao ambiente digital, não só como forma de prevenção a possíveis ataques, mas também para conscientizar sobre a vulnerabilidade presente no meio eletrônico, onde hoje se encontra muita informação sensível e útil para os mal-intencionados.

3.2 Equipamentos e Softwares Específicos

Para o capítulo atual, faz-se necessário rememorar o conceito de Investigação Criminal Tecnológica, especificamente a parte que trata dos equipamentos e softwares específicos:

[...] que permitem a análise de grande volume de dados, a identificação de vínculos entre alvos e a obtenção de informações impossíveis de serem agregadas de outra forma, da extração de dados de dispositivos eletrônicos [...] (OLIVEIRA; JORGE, 2020, p. 2).

A priori, como equipamento tecnológico que pode ser utilizado no auxílio ao trabalho investigativo da polícia judiciária, é válido citar o "drone", que segundo Carvalho:

Para a Agência Nacional de Aviação Civil, "Drone", é expressão genérica que descreve desde aeromodelos até Veículos Aéreos Não Tripulados, VANT. A Agência distingue tais equipamentos pelo seu uso: aeromodelos são os equipamentos de uso recreativo, enquanto VANT são aqueles empregados em finalidades não recreativas (ANAC, 2019 apud CARVALHO, 2019, p. 9).

Essas aeronaves remotamente pilotadas (RPA) possuem diversas vantagens quando utilizadas em prol da segurança pública, nesse sentido:

Uma das vantagens de os órgãos da segurança pública utilizarem aeronaves remotamente pilotadas é a credibilidade dos informes e informações obtidas por instrumentos de última geração e a constatação de que os agentes não correm riscos, pois realizam a observação a uma distância segura de possíveis agressores. As aeronaves remotamente pilotadas podem ser dotadas de câmeras de grande resolução, que permitem obter fotos e vídeos de alta qualidade, a uma distância considerável, sem que os alvos os visualizem. As imagens obtidas podem ser imprescindíveis para a responsabilização de criminosos, como ocorre quando imagens

obtidas por aeronaves remotamente pilotadas permitem identificar degradação ambiental, cultivo de matéria prima para preparação de drogas, dentre outros crimes (JORGE, 2018, p. 1).

Ainda nessa linha de raciocínio, fica evidente o proveito a ser extraído na utilização desses equipamentos, principalmente no tocante a fiscalização ambiental feita pela Polícia Federal, visto que o custo de operação de um drone é consideravelmente inferior ao de um helicóptero, além de ser mais silencioso e menor, possibilitando o policiamento em tempo real, sem gerar alarde aos suspeitos.

Ademais, Jorge (2018) elenca como principais funções dos drones na Polícia Civil: identificação de autores de crimes, seus veículos e outras informações importantes para solucionar os delitos; observação de locais inacessíveis ou extremamente arriscados para os policiais; perseguição ou acompanhamento de criminosos e; realizar uma análise prévia do local aonde serão cumpridos mandados de busca e apreensão ou outra atividade operacional, visando mitigar o risco durante a operação. Além disso, no tocante à Polícia Federal, o autor traz como finalidades: monitoramento ambiental; auxílio nas funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e; monitoramento em área de fronteira e também na Amazônia Legal, com o intuito de prevenir e reprimir o tráfico de drogas, contrabando, descaminho, dentre outros delitos.

Por outro lado, o conceito trazido em Investigação Criminal Tecnológica versa sobre a análise de grandes volumes de dados e a extração de dados de dispositivos eletrônicos. Diante disso, no que se refere a essa função, é válido mencionar os softwares que podem contribuir com o trabalho da polícia judiciária.

A utilização de programas que possibilitam essa análise massiva de informações é de extrema importância na sociedade atual, visto que:

De acordo com estatísticas do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), nos Estados Unidos, os casos que envolvem análise de informações em meios eletrônicos vêm apresentando um aumento médio anual de 35% na quantidade de informação digital analisada. Como exemplo, um caso forense digital médio que, em 2003, tinha uma quantidade de informação de 83 GBytes, em 2007 passou a ter 277 GBytes. Fazendo uma projeção para 2019, esse caso teria uma quantidade de informação de 10.000 GBytes (SILVA, 2021, p.194).

Uma junção de equipamento e software que auxilia na coleta e análise de dados de dispositivos eletrônicos é o UFED (Universal Forensics Extraction Device) da empresa israelense Cellebrite. O dispositivo em questão possibilita acessar os mais diversos dados

de aparelhos eletrônicos, podendo ser utilizado tanto para a extração em smartphones, quanto em tablets e drones. De acordo com Stacke (2020, p. 20) “as extrações são realizadas mediante autorização judicial, de forma segura, garantindo a produção probatória de forma técnica”.

Segundo Silva:

[...] é possível analisar: ligações feitas, perdidas e recebidas; histórico de localização; análise de vídeos e de imagens; localizações de antenas de celulares; registro de redes wi-fi conectadas; e-mails; histórico do navegador; histórico de pesquisas no Google; todas as mensagens SMS e MMS enviadas e recebidas; contas de usuário. Pode-se, inclusive, dependendo do caso, recuperar informações que foram apagadas (2021, p. 203).

Dessa forma, percebe-se que tal ferramenta é imprescindível ao trabalho investigativo policial, visto que hoje em dia os aparelhos celulares pessoais carregam uma vasta quantidade de informações relevantes e a extração dessas informações nos aparelhos apreendidos, mediante autorização judicial, é essencial na colheita de provas e vinculação de autoria nos delitos. Ademais, a empresa responsável pelo equipamento também disponibiliza ferramentas que dão acesso a dados armazenados na “nuvem”⁸⁵, no entanto, a autorização judicial deve ser específica para isso, visto que a informação não se encontra no aparelho físico, assunto que será abordado no próximo subtópico.

Outrossim, de acordo com Rebello (2017), a Polícia Federal e as polícias estaduais já utilizam essa ferramenta. Segundo ele, a PF faz uso desse instrumento desde 2012, tendo sido utilizado em investigações de grande relevância, como as Operações Lava Jato e Zelotes, além disso, segundo o autor, o órgão federal conta com um aparelho desses para cada superintendência, enquanto as 27 Secretarias de Segurança Pública detêm pelo menos um equipamento do tipo. Entretanto, ressalva Silva (2021, p. 207) que “o investimento em capacitação e o cuidado com o capital humano ainda continuam sendo um dos pilares da segurança pública, pois não basta somente ter acesso à tecnologia mais avançada sem o devido treinamento dos agentes públicos”.

Por fim, é válido mencionar que ferramentas como o “drone” também podem ser úteis no trabalho de outros órgãos de segurança pública, como por exemplos as polícias penais, utilizando a ferramenta para monitorar o perímetro externo de presídios, e a polícia

⁸⁵ Termo derivado do inglês, *cloud*, trata-se de espaços que armazenam dados e informações e são ligados à rede mundial de internet, oferecendo ao usuário um local de armazenamento virtual e possibilitando o seu acesso de qualquer lugar e dispositivo que tenha conexão com a internet, geralmente os provedores são geridos por empresas de tecnologia como Google, Amazon, Microsoft, dentre outras.

militar, que pode utilizar a ferramenta para auxiliar o policiamento ostensivo e preventivo em locais com um grande número de pessoas, como shows e manifestações.

3.3 Novas Modalidades de Afastamento de Sigilo e Fontes Abertas

O presente subtópico trata de duas vertentes que estão intimamente relacionadas, as novas modalidades de afastamento de sigilo e fontes abertas. Isso ocorre pelo fato de que as novas modalidades de afastamento de sigilo, que estão disponíveis para uso da polícia judiciária, estarem ligadas diretamente com a investigação por meio de fontes abertas, que resultam em requisições ao Poder Judiciário para obter acesso a dados contidos na “nuvem” das ferramentas que se enquadram como fontes abertas.

Inicialmente, é sabido que a temática de afastamento de sigilo é assunto delicado no âmbito jurídico brasileiro, haja vista proteção constitucional no rol de direito e garantias fundamentais, não cabendo ao presente trabalho fazer juízo de valor a respeito de eventual violação de tais direitos em razão das técnicas aqui demonstradas.

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe no artigo 5º, XII, sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, em último caso, mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A lei a que se refere o supracitado artigo é a Lei nº 9.296/1996, que regula especificamente o inciso XII do artigo 5º da CRFB/88. Entretanto, da promulgação da lei até os dias atuais ocorreram diversas inovações tecnológicas que podem ser consideradas positivas ou negativas, mas, “do ponto de vista da investigação criminal, a transformação digital oferece novas possibilidades de afastamento do sigilo” (JUNIOR, 2021, p. 124).

Ademais, cabe mencionar que em adição aos tradicionais, além dos já mencionados, também podem ser afastados o sigilo bancário, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, o fiscal, com base no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966) - alterado pela Lei Complementar nº 104/2001 -, e ainda, por aplicação analógica e subsidiária dos dispositivos citados, bem como por aplicação analógica ao § 4º do artigo 1º da LCP nº 105/2001, o bursátil, referente aos valores mobiliários contidos no artigo 2º da Lei nº 6.385/1976 (CARVALHO; FERNANDES, 2021).

Não obstante, as tecnologias hodiernas possibilitam uma nova modalidade de afastamento de sigilo, a dos dados armazenados em nuvem. Apesar de serem novas possibilidades de quebra de sigilo, elas têm como base legal legislações já vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei 9.296/1996, de interceptação telefônica, a Lei

12.965/2014, Marco Civil da Internet e, a Lei 12.830/2013, que trata da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

Dito isso, pode-se citar a possibilidade de interceptação telemática das contas do WhatsApp, aplicativo de comunicação amplamente utilizado no Brasil. Segundo Wendt e Jorge (2021), hoje em dia é comum a utilização de aplicativos de comunicação como o WhatsApp e o Telegram pelos criminosos, no entanto, não é possível realizar a interceptação do conteúdo das comunicações mantidas pelo WhatsApp, salvo se no celular do investigado for instalado algum aplicativo com essa função, ou por meio de softwares - como o UFED, abordado no subtópico anterior.

Dessa forma, o que resta à polícia judiciária é a requisição pelo delegado de polícia dos dados cadastrais do investigado, com base na Lei 12.830/2013, como por exemplo, informações do aparelho e sistema operacional, status de conexão, data e horário do registro, versão do aplicativo, última conexão com data e hora, dentre outras. Outrossim, mediante ordem judicial, o WhatsApp informará também: o registro de acesso (IPs) dos últimos seis meses; histórico de mudança de números; Grupos (data de criação, descrição, identificador do Grupo ("group-ID"), Foto, quantidade de membros e nome do Grupo) e a agenda de contatos simétricos e assimétricos (WENDT; JORGE, 2021).

Conforme citado anteriormente, o acesso ao conteúdo das comunicações realizadas pelo WhatsApp não é possível, entretanto, por meio de ordem judicial, pode ser realizada a interceptação telemática da conta do WhatsApp, que fornecerá o extrato de mensagens daquela conta. Nesse sentido:

A interceptação telemática das contas do WhatsApp, com o correspondente envio dos extratos de mensagens alvo, abrange as informações sobre remetente, destinatário, data e horário e padrão fuso horário da mensagem, tipo da mensagem e o registro de acesso do remetente da mensagem (incluindo endereçamento IP e porta lógica) (WENDT; JORGE, 2021, p. 141).

Acrescentam ainda, os autores:

Desta forma, por intermédio da interceptação telemática de WhatsApp, será possível saber os números de telefone dos interlocutores (em poder dessa informação é possível obter informações do WhatsApp e de operadoras sobre cada um deles), esclarecer os tipos de conteúdo que foram enviados durante as conversas (exemplos: texto, figura, vídeo etc.), receber informações sobre tipo de dispositivo, datas, horários, endereçamento IP e portas

lógicas de cada conversa que o investigado manteve e outras informações relevantes para a investigação criminal (*ibidem*, p. 141).

Ademais, é válido mencionar que o WhatsApp disponibiliza no endereço eletrônico www.whatsapp.com/records, uma plataforma online cujo objetivo é receber requisições de autoridades públicas, como o Delegado de Polícia, Promotor de Justiça e Juiz de Direito. Afinal, apesar da grande utilização por parte dos criminosos desse meio de comunicação, Wendt e Jorge (2021) acreditam que a utilização conjunta da interceptação telefônica e telemática incrementa a possibilidade de êxito na apuração de delitos de maior gravidade.

Por outro lado, faz-se pertinente aludir também a possibilidade de afastamento de sigilo de usuário do Google. O mecanismo de busca criado em 1996, segundo Caldeira (2015), é o mais utilizado no Brasil, com mais de 85% dos internautas utilizando a ferramenta, enquanto na escala mundial é utilizado por 91% dos usuários.

Nesse sentido:

O Google armazena uma grande quantidade de informações de seus usuários e, durante a investigação criminal, muitos policiais não se dão conta da relevância dos dados que podem ser oferecidos pelo Google para uma maior eficácia na apuração de crimes (JÚNIOR; JORGE, 2021, p. 149).

Mediante ordem judicial, o Google poderá fornecer: os dados armazenados no “Sua linha do tempo” do *Google Maps* e outras informações de localização; o histórico de pesquisas no Google Pesquisa (termos pesquisados); as imagens armazenadas no Google Fotos, os dados armazenados no *Google Drive*, incluindo, backup do WhatsApp e de outros aplicativos de comunicação que realizem backup por meio do Google; a caixa de entrada, enviados, rascunhos e lixeira do Gmail, bem como os dados cadastrais, registros de acessos, contendo data, horário, padrão de fuso horário e endereçamento IP; o histórico de navegação do Google Chrome sincronizado com a conta do Google, dentre outros (JÚNIOR; JORGE, 2021).

Ademais, em crimes de maior gravidade, o Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça poderá representar perante o Juiz de Direito para:

[...] oficiar a empresa de aplicações para que informe os dados de seus clientes que estiveram até certa distância (exemplo 100, 200 metros) do local onde ocorreu o crime, considerando o possível horário do crime. Nessa situação seria importante informar a latitude e longitude do local do crime. Também, é possível que seja emitida

uma ordem judicial para que a empresa informe todos os clientes de um site de buscas (novamente o Google pode ser exemplo), que até 48 horas antes do crime pesquisaram o nome da vítima ou realizaram outro tipo de pesquisa que demonstra conhecimento sobre o crime em investigação (JÚNIOR; JORGE, 2021, p. 152).

Por fim, o Google também possui um sistema de auxílio às autoridades públicas que participam da persecução penal, trata-se do Sistema de Solicitação de Aplicação da Lei (*Law Enforcement Request System – LERS*), disponível no endereço eletrônico www.lers.google.com, utilizado para envio de ordens judiciais e requisições do delegado de polícia para a empresa e para recebimento das respostas e dos conhecimentos produzidos em virtude da solicitação (JÚNIOR; JORGE, 2021).

Portanto, nas sábias lições de Jorge Figueiredo Júnior:

À medida que identificamos a necessidade de ter acesso a determinada informação através dos dados coletados por algum aplicativo, buscar o afastamento do sigilo certamente é uma das medidas mais acertadas dentro do atual cenário tecnológico (JÚNIOR, 2021, p. 135).

Dessa forma, resta claro a importância dessas novas modalidades de afastamento de sigilo, que em muito podem contribuir para a investigação criminal, tendo em vista que nos dias de hoje é comum o armazenamento de informações na nuvem, visando a proteção desses dados de possíveis falhas mecânicas dos dispositivos.

Isto posto, no tocante às fontes abertas, inicialmente, denota Júnior e Jorge:

A investigação criminal sempre esteve associada a aquisição de informação secretas, tendo como fontes centrais os informantes, as testemunhas, os laudos, o relatório de investigação e o afastamento dos mais variados sigilos existentes. Entretanto, por força do substancial fluxo e registro de informações disponíveis na web, sem qualquer requisito para ser acessada, torna-se bastante útil a pesquisa em fontes abertas para um maior incremento ao processo investigacional (JÚNIOR; JORGE, 2021, p. 55).

Também nesse sentido, leciona Barreto e Wendt, que no processo investigativo:

O que ocorre, na prática, a exemplo de quando surge o nome de alguém para aprimoramento de dados, é o agente policial acessar imediatamente o banco de dados oficial de seu Estado para verificar o que lá contém, muitas vezes esquecendo-se de pesquisar na web,

em fontes abertas, cujo conteúdo pode ser bastante aproveitado para compreensão do “alvo” de sua pesquisa (BARRETO; WENDT, 2020, p. 25).

Diante do exposto, faz-se necessário trazer o conceito de fontes, que se divide em abertas e fechadas. De acordo com Barreto e Wendt (2020, p.28), fontes abertas “são aquelas de livre acesso, sem obstáculos à obtenção de dados e conhecimentos”, por outro lado, fontes fechadas “são aquelas cujos dados são protegidos ou negados. O dado protegido é aquele que necessita de credenciamento para acesso. O dado negado é aquele que necessita de uma operação de busca para sua obtenção”.

Desse modo, pode-se utilizar como exemplo de dado protegido o acesso ao CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), que mantém informações de determinado indivíduo sobre vínculos empregatícios, empregadores, remunerações, dentre outros. Entretanto, para ter acesso a esses dados é necessário um credenciamento anterior, como por exemplo um *token*⁸⁶, utilizado pelo servidor público no exercício de suas funções.

Por outro lado, tem-se o dado negado, que, como exemplificação podem ser utilizadas as modalidades de afastamento de sigilo discutidas no subtópico anterior, em razão da prévia autorização judicial.

Já a investigação por fontes abertas, ou, em inglês, *Open Source Intelligence* (OSINT), conforme explicação anterior, possibilita ao investigador coletar, selecionar e adquirir informações que podem ser úteis no procedimento investigativo, sem a necessidade de credenciamento ou autorização prévia (BARRETO; WENDT, 2020).

Dito isso, uma das principais ferramentas que podem ser utilizadas pelos investigadores é o Google, mecanismo de busca mais usado no Brasil. De acordo com Júnior e Jorge (2015, p. 57) “a ferramenta permite implementar filtros que ampliam a exatidão das informações acessadas pelos usuários”.

Essa possibilidade de refinamento da pesquisa pode ser muito útil ao investigador. Dentre as variadas opções de busca é válido citar a consulta utilizando aspas duplas (“”) no termo, tal técnica faz com que o Google mostre somente páginas que contenham exatamente a sequência de palavras que estão entre as aspas, disponibilizando ao investigador resultados mais precisos. Esse método pode ser de grande valia na pesquisa por nomes completos (BARRETO; WENDT, 2020).

86 Certificado de autenticação digital

Ademais, o Google também permite realizar a busca reversa de imagens pelo domínio <https://images.google.com/>, que pesquisa a imagem e localiza outros sites que disponibilizam a mesma imagem. Essa busca é vantajosa em investigações de abuso infantil, em que uma foto de uma criança sendo abusada foi publicada e, por meio da busca reversa se pode encontrar outros sites que também a disponibilizaram (JUNIOR; JORGE, 2021). Entretanto, também é válida na verificação de perfis falsos, geralmente utilizados em redes sociais, visto que tais perfis utilizam fotos compartilhadas na internet com o objetivo de induzir alguém em erro para obter vantagem ilícita.

Outrossim, no tocante às redes sociais, têm-se a possibilidade de realizar a pesquisa colocando um @ na frente do termo, que restringe os resultados às mídias sociais, facilitando o trabalho do investigador ao procurar por nomes de usuários em determinadas redes sociais, como, por exemplo, Instagram e Twitter.

Além disso, em razão da excessiva exposição atual do cidadão comum nas redes sociais, o investigador pode utilizar isso a seu favor para monitorar o alvo e colher elementos de prova, observando sua rotina, seu círculo de amigos, os lugares que frequenta, suas ligações familiares, etc. Informações essas que pode ser fundamentais na busca de autoria e materialidade de diversos crimes, sem a necessidade de prévia autorização judicial, em virtude de a investigação ser realizada por meio de fontes abertas.

Segundo Silva (2017), mais de 70% dos lares brasileiros possuíam acesso à internet em 2017 e, no que se refere às redes sociais, aproximadamente 92% desses brasileiros com acesso à internet faziam uso de mídias sociais como Facebook e Instagram.

Dessa forma, estando o agente em posse do nome do investigado ou de alguém ligado a ele, o policial pode fazer buscas pelos perfis dessas pessoas nas redes sociais, com o intuito de angariar informações sobre o alvo da investigação.

Portanto, conforme ilustra Junior (2021, p. 123) “a riqueza de informações obtidas por intermédio dessas tecnologias, se empregadas, se corretamente empregadas, possibilitam uma maior eficácia nas ações e estratégias da atividade policial”.

Por fim, frisa-se que a investigação criminal não pode se ater aos meios tradicionais de coleta de informações, os investigadores devem buscar elementos informativos nas mais variadas fontes, em especial aquelas que não necessitam de autorização judicial, pois em conjunto com os meios tradicionais o proveito pode ser de grande valia para o indiciamento ao fim do inquérito.

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA APLICADA EM CASOS REAIS

Dentre as características do inquérito policial, a fim de esclarecer o conteúdo do presente tópico, cita-se o seu caráter sigiloso. Devido ao sigilo imposto e a escassez de

dados governamentais referentes ao processo investigativo das polícias judiciárias, com o intuito de enriquecer o artigo, foram utilizados como exemplos da utilização da investigação criminal tecnológica em situações reais, notícias e citações de autores que mencionam o uso das ferramentas e meios apresentados anteriormente.

Dessa forma, faz-se mister abordar, primeiramente, a inteligência cibernética. Conforme mencionado anteriormente, uma das possíveis utilizações da inteligência cibernética seria para realizar o policiamento preventivo em ambiente cibernético.

Isto posto, conforme narra Santos e Barreto (2021), utilizando-se da técnica denominada “ronda virtual” - em que o agente policial navega por sites e perfis em redes sociais disponíveis ao público em geral buscando identificar conteúdo suspeito e de interesse para a investigação -, a Polícia Civil de São Paulo, após dias utilizando essa técnica, conseguiu identificar um usuário de um site de compartilhamento de imagens que, em posterior cumprimento de mandado de busca e apreensão, foi encontrado nos equipamentos eletrônicos do investigado uma extensa quantidade de material de exploração sexual infantil. Por meio dessa técnica e em complemento com outros métodos investigativos, foi possível indiciar o sujeito pela prática dos crimes previsto nos artigos 240, inciso III, 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Segundo os autores, “a justiça converteu o auto de prisão em flagrante delito em prisão preventiva e, desde então, ele aguarda o julgamento preso” (SANTOS; BARRETO, 2021, p. 34).

Em segunda análise, tem-se os equipamentos e softwares específicos. O primeiro equipamento descrito no presente artigo foi o drone. Dessa forma, a título de caso prático associado ao seu uso pela polícia, pode ser citada a decisão do HC 195.010/MG proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, Brasil (2020). O caso em questão referia-se a uma prisão em flagrante, convertida em preventiva, com posterior denúncia pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006). A decisão cita que durante a investigação, por meio da utilização de drones, foi possível visualizar movimentações suspeitas com um grande fluxo de pessoas no local de venda de drogas, elemento de informação que corroborou com a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Ademais, Jaffe (2021) narra que por meio das ferramentas oferecidas pela empresa Cellebrite, dentre elas o UFED, citado anteriormente, a Polícia Federal brasileira, na Operação Caixa Forte II, que teve início com a apreensão de um telefone celular e por meio da extração de dados do dispositivo com o UFED, obteve como resultado um confisco de bens no valor de R\$ 252 milhões, além da expedição de 422 mandados de prisão e 201 mandados de busca e apreensão.

Por outro lado, Jaffe (2021) ainda menciona que na Operação Enterprise, também realizada pela PF, que começou com uma apreensão de 776 kg de cocaína, após o afastamento do sigilo e por meio da análise de dados encontrados na nuvem de dispositivos apreendidos, a equipe de investigadores conseguiu rastrear outros bens, como imóveis e veículos, que resultou na prisão 45 pessoas envolvidas no esquema criminoso, além do confisco desses bens, avaliados em dezenas de milhões de dólares.

Por último, a utilização de fontes abertas, especialmente as redes sociais, pode ser muito útil durante a investigação. A título de exemplo, a Polícia Civil do Rio Grande do Sul conseguiu desarticular uma rede de 15 quadrilhas especializadas em roubo de veículos que atuava na região metropolitana de Porto Alegre. Durante as investigações da Operação Predador, a partir de uma foto postada em uma rede social, a polícia notou que o jovem da foto utilizava o mesmo boné e o mesmo cassaco de um indivíduo filmado por câmeras de monitoramento praticando um roubo na cidade de São Leopoldo. A partir das filmagens e da foto postada, a polícia confirmou a autoria do delito, bem como da participação do jovem em uma das quadrilhas investigadas. A Operação efetuou 58 prisões e resultou na desarticulação de quadrilhas tidas como responsáveis pelo roubo de pelo menos 300 veículos num intervalo de cinco meses no estado (G1, 2014).

Dessa forma, fica evidente o proveito obtido pelas Polícias Judiciárias que fizeram uso dos meios de investigação criminal tecnológica durante essa fase pré-processual, angariando informações suficientes e lícitas para o indiciamento e que se ratificaram no momento em foi oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como objetivo se aprofundar no estudo da Investigação Criminal Tecnológica e, a partir da análise trazida ao longo do escrito, extraiu-se quatro vertentes principais, estas que foram estudadas no decorrer do texto.

A primeira vertente tratou da inteligência cibernética, voltada para o ambiente cibernético na internet. Por meio da análise desse tema, pôde-se verificar a necessidade de capacitação específica dos agentes policiais para lidar com o meio digital, tendo em vista as novas modalidades de crimes cibernéticos e também aqueles cometidos com o auxílio da internet, seja de modo preventivo ou de maneira repressiva.

Em segunda análise, foram estudados os equipamentos e softwares específicos. Como equipamento, o tópico em questão trouxe o drone e elencou as vantagens de sua utilização no trabalho policial. Por outro lado, no tocante aos softwares, foi citado o UFED, dispositivo que permite a extração de dados de aparelhos eletrônicos, como smartphones e tablets, auxiliando os investigadores na coleta de indícios de autoria e elementos de prova.

Ademais, a terceira vertente trouxe as novas modalidades de afastamento de sigilo, a de dados armazenados em nuvem. O tópico mencionou a importância dessa nova possibilidade, tendo vista a utilização em massa de ferramentas como WhatsApp e Google e, como em certos casos, os dados contidos nessas plataformas são de grande relevância para a investigação policial, merecendo a relativização de princípios como o da inviolabilidade do sigilo de dados.

Por último, foi discutido sobre fontes abertas. Ficou claro no tópico que tais fontes são excelentes ferramentas no trabalho investigativo da polícia judiciária, tendo em vista a quantidade de expressiva de dados hoje dispostos sem nenhum tipo de bloqueio para acessar, bem como que as redes sociais também são ótimos instrumentos de investigação, em virtude da alta exposição pessoal de seus usuários.

Ademais, no tópico final, foi demonstrado por meio de exemplos de casos reais que os instrumentos de investigação criminal tecnológica auxiliam o trabalho investigativo da polícia judiciária, sendo capazes de produzir um fim útil ao inquérito policial e de impulsionar o início da ação penal.

Por fim, apesar de serem de extrema importância ao trabalho investigativo, os órgãos de Polícia Judiciária não precisam se restringir aos meios de investigação tradicionais, haja vista que a criminalidade se reinventa a cada dia, portanto, devem buscar a utilização conjunta dos meios tecnológicos com os tradicionais, de forma a extrair maior proveito da investigação durante a fase do inquérito policial.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson. **Inteligência e investigação criminal em fontes abertas**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Brasport, 2020. 272 p. *E-book* (272 p.).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [S. l.], 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. [S. l.], 2013. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

CALDEIRA, F. H. O mecanismo de busca do Google e a relevância na relação sistema-usuário. **Letrônica**, v. 8, n. 1, p. 91-106, 15 jul. 2015. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/letronica/article/view/19616>. Acesso em: 1 mai. 2022.

CARVALHO, Andre Grott de. **A utilização de drones na investigação criminal**: uma análise comparativa entre o sistema jurídico norte americano e o brasileiro. Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Sousa. 2019. 31 p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2019. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/68094>. Acesso em: 9 abr. 2022.

CARVALHO, Marcos V. de; FERNANDES, Robinson. Novas possibilidades de afastamento de sigilo de dados na Investigação Criminal Tecnológica: bancário, fiscal, bursátil e dados armazenados em nuvem para persecução do preveito da criminalidade. *In*: JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 2, p. 87-106. ISBN 978-65-5680-360-9.

G1 (RS). **Fotos em redes sociais ajudaram polícia a desarticular quadrilha no RS**: Rede criminosa foi responsável pelo roubo de 300 carros em cinco meses. Criminosos extorquiam e até torturavam as vítimas, diz Polícia Civil.. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/11/fotos-em-redes-sociais-ajudaram-policia-desarticular-quadrilha-no-rs.html>. Acesso em: 28 ago. 2022.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMIDES, Leonardo Andrade Siqueira. **A tecnologia e o direito penal**: os novos paradigmas da investigação criminal. 2020. Monografia (Graduação) - UniEVANGÉLICA, Centro Universitário de Anápolis, Goiás, 2020. Disponível em: < <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/16881> >. Acesso em: 21 abr. 2021.

JAFFE, Adam. **Milhões em bens apreendidos à medida que a Polícia Federal do Brasil se dedica a desmascarar chefes do tráfico de drogas**. [S. /], 2021. Disponível em: <https://callebrite.com/pt/milhoes-em-bens-apreendidos-a-medida-que-a-policia-federal-do-brasil-se-dedica-a-desmascarar-chefes-do-traffic-de-drogas/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

JORGE, Higor V. N. Aeronaves remotamente pilotadas (drones) e enfrentamento da criminalidade no Brasil. **Revista Eletrônica Direito & TI**, [s. /], ano 2018, v. 1, n. 9, p. 5, 1

abr. 2018. Disponível em: <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/107>. Acesso em: 9 abr. 2022.

JORGE, Higor V. N. (coord.). **Direito Penal sob a perspectiva da Investigação Criminal Tecnológica**. São Paulo: JusPodivm, 2021. 672 p. ISBN 978-65-5680-663-1.

JORGE, Higor V. N. **Investigação Criminal Tecnológica**: contém modelos de representações e requisições, além de procedimentos para investigação em fontes abertas. Rio de Janeiro, RJ: Brasport, 2018. 256 p. v. 1. *E-book* (256 p.).

JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. 528 p. ISBN 978-65-5680-360-9.

JÚNIOR, Hélio M. J.; JORGE, Higor V. N. Afastamento do sigilo de usuário do Google e Apple - versão 2019.4. *In*: JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 2, p. 149-159. ISBN 978-65-5680-360-9.

JÚNIOR, Hélio M. J.; JORGE, Higor V. N. Ferramentas disponíveis na internet para investigação em fontes abertas. *In*: JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 1, p. 55-83. ISBN 978-65-5680-360-9.

JUNIOR, Jorge Figueiredo. Tecnologia disruptiva e a investigação criminal. *In*: JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 2, p. 123-138. ISBN 978-65-5680-360-9.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2019. 1.904 p. ISBN 978-85-442-2522-6.

MIRANDA, Diana; MACHADO, Helena. **O detetive híbrido**: inovação tecnológica e tradição na investigação criminal. *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, n. 20, jul./dez. 2014. Disponível em: < <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/2640> >. Acesso em: 21 abr. 2021.

OLIVEIRA, César Henrique S. R. de; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. **Auxílio emergencial indevido e Investigação Criminal Tecnológica**. *Revista Eletrônica Direito & TI*, v. 1, n. 13, p. 4, 5 jul. 2020. Disponível em: < <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/87> >. Acesso em: 21 abr. 2021.

PEREIRA, Cleber Guedes. **Phishing**: conceitos e ações preventivas aplicadas à empresa. Orientador: Prof. Msc. Marco Antonio Araújo. 2012. 56 f. Trabalho de conclusão de curso

(Pós-graduação em Rede de computadores com ênfase em segurança) - Centro Universitário de Brasília, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/8136>. Acesso em: 2 abr. 2022.

REBELLO, Aiuri. **PF usa "maleta espiã" para invadir celulares em casos que vão de Lava Jato a pedofilia**. São Paulo: UOL, 17 ago. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/17/pf-usa-maleta-espia-para-invadir-celulares-em-casos-que-vaio-de-lava-jato-a-pedofilia.htm>. Acesso em: 9 abr. 2022.

SANTOS, Coriolano A. A. C.; MONTEIRO, Renato L. **Estruturas críticas: o próximo alvo**. [S. /], 15 dez. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/99242/estruturas-criticas--o-proximo-alvo>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SANTOS, Hericson dos; BARRETO, Jorge A. D. Abuso sexual infantil na internet - sites internacionais com conteúdo de brasileiros. *In*: JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 1, p. 25-34. ISBN 978-65-5680-360-9.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-30112015-165420. Disponível em: < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-30112015-165420/pt-br.php> >. Acesso em: 26 mar. 2022.

STACKE, Daniel de Carvalho. **Investigação criminal, inovações tecnológicas e seus limites**. Orientador: Prof. Ana Paula Lopes. 2020. 29 p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Unigranrio, [S. /], 2020. Disponível em: <http://blogs.unigranrio.br/bibliotecavirtual/files/2020/09/Investigacao-criminal-inovacoes-tecnologicas-e-seus-limites.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. 1968 p. ISBN 978-85-442-3500-3.

TEIXEIRA, Lucas C., *et al.* Uma avaliação de comportamentos homográficos em ataques de phishing direcionados que exploram a suscetibilidade pela fidedignidade e sazonalidade. *In*: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS (SBSEG), 21., 2021, Belém. **Anais** [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2021. p. 253-266. DOI: <https://doi.org/10.5753/sbseg.2021.17320>.

WENDT, Emerson. Ciberguerra, Inteligência Cibernética e segurança virtual: alguns aspectos. **Revista Brasileira de Inteligência #6**, Brasília: Abin, n. 6, p. 15-26, 1 abr. 2011. Disponível em: <https://rbi.hom.ena.gov.br/index.php/RBI/article/view/80>. Acesso em: 2 abr. 2022.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor V. N. Interceptação telemática de contas do Whatsapp (bilhetagem - extrato de mensagens) - versão 2019.4. *In*: JORGE, Higor V. N. (coord.). **Tratado de Investigação Criminal Tecnológica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 2, p. 139-147. ISBN 978-65-5680-360-9.

A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUISA LEMOS FERREIRA:
Advogada. Graduação na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pós-Graduação em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Jesus.

RESUMO: Os princípios contratuais da boa-fé, função social, relatividade contratual e obrigatoriedade são necessários para a consagração do direito civil-constitucional. Nas relações privadas, muitas vezes, incidem vários princípios ao mesmo tempo, que possuem igual relevância. Portanto, é necessário verificar como esses princípios incidem em casos concretos e como ocorre a sua colisão. Será analisada, portanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de avaliar como a boa-fé, a função social, a relatividade e a obrigatoriedade incidem nas relações privadas e, em casos de colisão, como é realizada a ponderação pelo mencionado Tribunal.

Palavras-chave: jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça; autonomia privada; boa-fé; relatividade; obrigatoriedade dos contratos; função social; princípios contratuais.

ABSTRACT: The contractual principles of good faith, contractual relativity and the obligation of the contracts are necessary to the civil-constitutional's right consagrations. In the private relationships, many times, several principles appears at the same time with the same relevance. Therefore, it is necessary to verify how the principles are applied in concret cases and how they eventually collide with each other. It will be analyzed, thus, the brazilian's Superior Court of Justice jurisprudence, with the aim to verify how the principles of good faith, social function, relativity and obligation of contracts are applied in the private relationships and, in cases of collision, how the mentioned Court does the weighting of those principles.

Keywords: jurisprudence; Superior Court of Justice; private autonomy; good faith; relativity; obligation of contracts; social function; contractual principles.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 - Recurso Especial n. 1.158.815 - RJ. 2 - Recurso Especial n. 1.186.789 - RJ. 3 - Recurso Especial n. 1.255.315 - SP. 4 - Recurso Especial n. 1.383.437 - SP. 5 - Recurso Especial n. 758.518 - PR. 6 - Recurso Especial n. 803.481 - GO. 7 Recurso Especial n. 811.670 - MG. 8 - Recurso Especial n. 866.343 - MT. 9 - Recurso Especial n. 884.346 - SC. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, diversos princípios passaram a ganhar ainda mais força no ordenamento jurídico, sendo considerados não mais meras cláusulas gerais, mas verdadeiros institutos com força normativa e aplicabilidade direta e imediata nas relações privadas.

A função social da propriedade, por exemplo, passou não só a receber amplo tratamento, constando em diversos dispositivos no bojo da Carta Magna, como também passou a ser considerada como direito fundamental, e, portanto, cláusula pétrea.

Assim, verifica-se a existência de um direito civil-constitucional, de modo que as relações Inter privadas, notadamente no âmbito contratual, passaram a ser lidas à luz da axiologia constitucional.

Para analisar como os princípios da função social, boa-fé, relatividade contratual e obrigatoriedade dos contratos incidem nos casos concretos e se compatibilizam, necessário analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar como a Corte tem aplicado os referidos princípios e como realiza a ponderação nos casos de colisão valores eventualmente colidentes.

Os capítulos, portanto, serão divididos por recursos decididos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a análise individual de cada caso concreto e controvertido, bem como das decisões e de suas razões pela mencionada Corte Superior.

1. Recurso Especial n. 1.158.815 - RJ

Trata-se de recurso especial interposto pela CEI Empreendimentos Ltda. Esta foi contratada pela Fundação dos Economiários Federais e pela IRB Brasil Resseguros S/A, a fim de que prestasse serviços relativos à expansão do Amazonas Shopping Center. Neste contrato, seria a ela devido, além da remuneração fixada, um prêmio de produtividade de acordo com o seu desempenho na realização das atividades de gerenciar e comercializar o empreendimento. Tendo em vista que a expansão do Shopping Center não alcançou o êxito esperado pelos requeridos, os valores variáveis não foram reconhecidos pela empresa recorrente, que, por isso, postulou seu pagamento em juízo. O juiz de primeiro grau julgou o pedido de cobrança improcedente, e parcialmente procedente a reconvenção para revisar as cláusulas contratuais. Interpostas apelações pela CEI, foi julgado procedente o pedido da petição inicial e improcedente o reconvencional.

A controvérsia está no fato de que a recorrente exige o cumprimento do contrato da forma como foi celebrado, independentemente das circunstâncias que posteriormente surgiram e levaram o Shopping a não atingir o êxito esperado, e as recorridas exigem a adequação do contrato ao resultado negativo obtido em sua inauguração, entendendo

que o cálculo de tais prêmios deveria levar em consideração a realidade após a inauguração do Shopping. Na primeira posição, percebe-se a incidência do princípio da autonomia privada e, conseqüentemente, da obrigatoriedade e relatividade. Doutrinariamente, a ideia do *pacta sunt servanda* indica que a liberdade de contratar leva à vinculação das partes que obrigatoriamente devem cumprir o que foi acordado na formulação do contrato, sendo tal força obrigatória restrita aos contratantes.

Na última posição, entretanto, a recorrente deveria levar em consideração que os alugueis estavam além dos valores de mercado e que houve grande inadimplência por parte dos lojistas, não podendo receber, por isso, os prêmios de produtividade. Nela, percebe-se a irradiação do equilíbrio contratual. Este pressupõe a mitigação da autonomia privada e da obrigatoriedade dos contratos, vez que as cláusulas de um contrato devem ser revistas e reformuladas sempre que houver uma mudança na realidade das relações das partes e um eminente desequilíbrio entre elas, preservando-se os princípios da boa-fé e função social do contrato. Neste sentido está o voto do Ministro Massami Uyeda, que alega que os parâmetros fixados para ser realizado o pagamento da variável ocasionaram flagrante desequilíbrio entre as partes.

Seu voto, no entanto, foi vencido. Os demais ministros ressaltaram que, neste caso, deve-se prevalecer a força obrigatória dos contratos, pois não há motivo imprevisível que enseje a revisão contratual, já que as recorridas sabiam dos valores envolvidos em seus negócios. Além disso, não houve flagrante desequilíbrio entre as partes, pressuposto de revisão contratual, vez que são empresas de grande porte econômico. Desta forma, reestabeleceu-se o acórdão proferido em sede de apelação, decidindo que o cálculo da variável deveria ser feito com base no momento de seu vencimento, sendo as recorridas condenadas ao pagamento.

2. Recurso Especial n. 1.186.789 - RJ

Cuida-se de recurso interposto pela TV Globo Ltda., Celso de Freitas e Multimídia Produções Comunicações S.C. As partes firmaram um contrato em que Celso e Multimídia Produções S.C. prestariam serviços à TV Globo Ltda. de forma exclusiva. A rescisão do contrato pelos últimos fez com a que a TV Globo ajuizasse ação de indenização e cumprimento de obrigação de fazer e não fazer em face dos mesmos. Esta pugnou pelo cumprimento do contrato ou pela condenação dos réus ao pagamento total da multa nele prevista por sua rescisão imotivada. A exigência de pagamento do valor expresso na cláusula foi justificada pelo fato de ter sido acordado, entre as partes, a irredutibilidade do valor fixado, além do grande prejuízo obtido pela emissora, que construiu a imagem do jornalista Celso de Freitas e teve o contrato rescindido de forma abrupta. O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a parte ré ao pagamento de R\$ 600.250,00. Interposto recurso pela TV Globo, o Tribunal deu parcial provimento. A controvérsia, no caso, está relacionada à aplicação do artigo 413 do Código

Civil, já que a Multimídia Produções e Comunicações Ltda. requer uma redução da prevista cláusula penal proporcional ao tempo de contrato cumprido, e o interposto pela TV Globo Ltda., a manutenção da cláusula como avançada.

Foram considerados os princípios da obrigatoriedade, da boa-fé e do equilíbrio contratual. A incidência do princípio da obrigatoriedade, defendida pela TV Globo Ltda., remete-se ao cumprimento das obrigações previstas no contrato da forma como foi avençado pelas partes, já que elas livremente entraram na relação e concordaram quanto às cláusulas ali expressas. Pagar o valor da cláusula em sua totalidade é forma de garantir a segurança jurídica da relação obrigacional, que é fundamento da obrigatoriedade, sendo afastada a incidência do art. 413 do Código Civil. Entretanto, a boa-fé e o equilíbrio contratual ressaltam a necessidade de se cumprir o que dispõe tal artigo. A ideia de redução da cláusula penal está relacionada à boa-fé, que considera não só o cumprimento da exata da prestação principal, mas todas as condutas dirigidas a satisfazer as legítimas expectativas. Como houve cumprimento substancial do contrato, deve ele ser considerado, não podendo um dos contratantes simplesmente ignorar o que foi cumprido e gerar um manifesto desequilíbrio na relação. O referido artigo também está diretamente relacionado ao equilíbrio contratual, pois ele enseja a igualdade material entre as partes através da revisão dos termos avençados. Assim, diante da obrigação cumprida de forma substancial, pode ser revisada a cláusula penal para ela seja adequada à realidade da relação jurídica, mitigando-se o princípio da obrigatoriedade.

Os Ministros decidiram, por unanimidade, negar provimento aos recursos, reduzindo-se a cláusula penal em 50%. Não houve proporcionalidade ao tempo de contrato cumprido, já que Celso de Freitas rescindiu o contrato depois de ter consolidado um compromisso com outra emissora, cancelando suas obrigações de forma abrupta. Em suma, percebe-se que na decisão visou-se manter a equidade, já que foi reconhecido o pagamento parcial da cláusula penal, porém a redução de sua proporção levou em conta os prejuízos obtidos pela TV Globo Ltda.

3. Recurso Especial n. 1.255.315 - SP

Trata-se de recurso interposto pela empresa Bayer S/A contra acórdão proferido no TJ/SP. A Bayer S/A e a SOCIPAR S/A mantiveram um sólido contrato verbal durante quatorze anos, em que a última investiu intensamente na comercialização de produto produzido pela empresa recorrente, desenvolvendo até mesmo um *know how* próprio e tornando-se a principal distribuidora da BAYER no Brasil. Ocorre que, depois de quatorze anos de contrato, a Bayer simplesmente rescindiu o contrato imotivadamente e sem explicações, tomando o mercado que a SOCIPAR desenvolveu ao longo desses anos. A Bayer S/A alega que a rescisão do contrato não constitui ato ilícito, vez que havia um

inadimplemento habitual por parte da empresa SOCIPAR. Não haveria, de acordo com a recorrente, abuso de direito e violação da boa-fé objetiva na rescisão, como alegado pela recorrida. A controvérsia está, portanto, em determinar a existência ou não do dever de indenizar da recorrente. Ajuizada ação de indenização pela SOCIPAR S/A, a sentença julgou improcedente o pedido. O Tribunal Estadual, por sua vez, deu parcial provimento à apelação da SOCIPAR.

Incidem, na situação, os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. No que tange a boa-fé objetiva, esta modela arquétipos de conduta pautados por valores como a cooperação, a lealdade e a consideração das legítimas expectativas das partes. Houve, por parte da empresa BAYER, uma conduta desleal e abusiva que contraria o princípio em questão. Tal conduta tem seu embasamento na relação de confiança mantida entre ambas as empresas e no intenso investimento da SOCIPAR na distribuição dos produtos da BAYER. A inobservância do princípio da boa-fé também está no fato de que a recorrente, nesta rescisão, teve como intuito apoderar-se do comércio desenvolvido pela recorrida e da clientela por ela conquistada.

Percebe-se, também, a inobservância à função social dos contratos. Esta, exige que os contratantes, além de seus interesses individuais e patrimonialistas, busquem satisfazer os interesses socialmente relevantes. Essa persecução foi ignorada, vez que a rescisão do contrato de forme abrupta desconsiderou os efeitos negativos não somente a terceiros específicos relacionados ao contrato como também a toda a coletividade, já que a SOCIPAR era a única distribuidora da Bayer no Brasil, sendo sua atuação de grande impacto social e econômico. O rompimento dos laços mantidos visou apenas a busca pelo lucro e interesses essencialmente patrimoniais. Neste sentido, a decisão que negou provimento ao recurso especial foi unânime, mantendo-se a indenização pela Bayer por danos morais e materiais com fulcro na violação do princípio da boa-fé e da função social dos contratos. Considerou-se que mesmo eventual inadimplemento pela SOCIPAR não justificaria a abrupta rescisão contratual e a quebra das legítimas expectativas da recorrida.

4. Recurso Especial n. 1.383.437 - SP

Cuida-se de recurso especial interposto pela TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A. O recorrido, Julio Augusto de Souza, participou do programa de televisão da emissora SBT denominado “Vinte e Um”, cujo objetivo era acertar perguntas sobre o time de futebol Corinthians baseado no livro “Corinthians é Preto no Branco”, a fim de ganhar o prêmio final em dinheiro de R\$ 120.000,00. Tal livro, por sua vez, possui uma parte fictícia sobre a história do time, essa de cor branca, e outra parte que seria verdadeira, de cor preta. Quando perguntado por Sílvio Santos sobre o placar de inauguração do Estádio do Pacaembu, o recorrido forneceu a resposta verdadeira, que seria 4 x 2 em favor do Corinthians. O programa, entretanto, baseando-se na informação oferecida na parte branca do livro - vale dizer, fictícia -, que alegava que o placar havia sido 4 x 0, deu a

resposta como errada. Ajuizada ação indenizatória pelo recorrido por danos morais e materiais cumulada com obrigação de fazer, julgou a sentença improcedente os pedidos. O acórdão da apelação deu provimento ao apelo para condenar a recorrente a pagar a indenização de R\$ 59.000,00. Interpostos embargos infringentes, foram eles rejeitados. A recorrente, assim, interpôs recurso alegando a inexistência de perda da chance do recorrido. A controvérsia gerada na situação, assim, é se o prêmio era devido ao recorrido, que respondeu a pergunta corretamente, ou se não era, de fato, devido, já que o contrato celebrado possuía a cláusula expressa de que as respostas dadas deveriam ser baseadas no mencionado livro.

O princípio que incide na interpretação da situação é o da boa-fé objetiva. Através dela, são verificadas as legítimas expectativas das partes, considerando-se não só puramente as cláusulas expressas no contrato como também todo o desenvolvimento da relação obrigacional. É considerado, assim, o comportamento do recorrido que foi efetuado nos termos do que o contrato objetivava e da verdadeira pretensão do programa de fornecer respostas verídicas sobre o time de futebol em questão. Desta forma, além de não fazer sentido, quebra as expectativas das partes e a razão de ser do programa o fornecimento de uma resposta de acordo com a parte inverídica do livro. Deve, por isso, ser considerada a boa-fé do recorrido ao responder corretamente a pergunta. A recorrente, por sua vez, traz em seus argumentos o princípio da obrigatoriedade, que defende que o contrato deve ser cumprido estritamente do modo como foi avençado entre as partes. Alega, assim, que deveria o recorrido responder as perguntas baseando-se apenas na bibliografia expressamente posta como fonte.

Por unanimidade, foi negado provimento ao Recurso Especial. Foram considerados os dados objetivos da partida de futebol, bem como o dever de veracidade das informações transmitidas pelo programa, alegando-se que a bibliografia base deveria estar contida na parte dos dados reais sobre o Corinthians. Permaneceu a condenação da recorrente a pagar indenização de R\$ 59.000,00 por danos emergentes, já que este foi o valor da chance perdida, abatido de R\$ 1.000,00 do prêmio já recebido.

5. Recurso Especial n. 758.518 - PR

Trata-se de recurso interposto por MURETAMA EDIFICAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., contra acórdão do TJ do Paraná. A recorrente realizou a venda de um imóvel com Sérgio de Meca de Lima, ora recorrido. Ocorre que, durante sete anos, o recorrido não pagou as prestações relativas ao contrato, não havendo, por parte da promitente-vendedora, qualquer tentativa de evitar o agravamento do dano ou recuperar a posse da unidade, ajuizando contra o recorrido tardiamente. A recorrente, por sua vez, interpôs recurso alegando que o promissário-comprador não cumpriu com suas

obrigações, e por isso deve ela ser indenizada pela totalidade das parcelas de fruição, já que a responsabilidade pela devolução do imóvel é daquele. Há, entretanto, a controvérsia em aferir se houve culpa da própria promitente por ter ficado inerte durante sete anos quanto à cobrança das prestações devidas e se deve ela ser penalizada pela demora no ajuizamento da ação de reintegração de posse.

O princípio da boa-fé foi considerado na decisão deste caso. A boa-fé objetiva pressupõe que tanto o credor quanto o devedor se atentem aos deveres anexos relativos ao contrato, ou seja, deveres que não correspondem apenas à entrega da prestação principal, mas que moldam deveres de diligência que devem ser observados e cumpridos pelas partes durante todo o contrato. Aqui houve, por parte do credor, a falta de atenção ao dever de mitigar o próprio prejuízo, tendo em vista que ele, durante sete anos, não tomou as medidas necessárias para o não agravamento do dano, demonstrando-se falta de zelo em relação a seu patrimônio e descaso ao prejuízo sofrido. A conduta do contratante pautada na boa-fé deve ser dirigida à consecução dos fins por ele avençados, o que não foi observado no caso. A conduta respaldada pela boa-fé também deve levar em consideração os deveres de probidade e cooperação, o que também não ocorreu, já que houve inércia e negligência do credor diante do dano ocorrido.

A decisão do STJ negou, por unanimidade, provimento ao recurso e manteve o conteúdo do que fora decidido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, considerando o direito à indenização do promitente-vendedor, porém mitigando sua extensão na razão de um ano de ressarcimento. Observou-se, assim, a falta de um comportamento ativo da recorrente na defesa de seus interesses, fato que concorreu para que a não-fruição do imóvel perpetuasse por mais tempo. A alegação da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, por isso, não foi acatada pelo Superior Tribunal.

6. Recurso Especial n. 803.481 - GO

Cuida-se de recurso especial interposto por CARGRILL AGRÍCOLA S.A., contra acórdão proferido pelo TJ/GO. A recorrente celebrou um contrato de compra e venda de safra futura de soja a preço certo com Luiz Ferreira Lima, ora recorrido. Ocorre que este último alegou ter sobrevivido acontecimentos imprevisíveis que elevaram extraordinariamente o Dólar norte-americano e tornaram sua obrigação excessivamente onerosa. O recorrido, portanto pleiteou a revisão do valor dos contratos para que o recorrente pagasse a mais pelas sacas de soja ou que a obrigação fosse satisfeita pela entrega de uma menor quantidade de sacas. O juiz de primeiro grau julgou os pedidos improcedentes, alegando que a aleatoriedade é essência da modalidade de venda a termo; opostos os embargos de declaração pelo recorrido, foram eles rejeitados. O Tribunal *a quo* deu provimento parcial ao apelo do recorrido. A controvérsia está na possibilidade ou não de revisão do valor a ser pago pelas sacas de soja, já que se trata de contrato de compra e venda de safra futura a preço certo.

Incide, por um lado, o princípio da obrigatoriedade dos contratos alegada pela recorrente, e, por outro, do equilíbrio contratual, pleiteado pela recorrida. O princípio do equilíbrio contratual preza pela revisão das cláusulas previstas nos contratos sempre que ocorrer fatos supervenientes imprevisíveis e/ou extraordinários, propensos a gerar uma onerosidade excessiva. Na situação em questão, o equilíbrio seria aplicado através do reajuste das sacas ou de seu preço, já que houve, segundo a recorrida, a ocorrência de situações imprevisíveis que geraram uma desvalorização do Real. A obrigatoriedade demonstra que o contrato faz lei entre as partes e que por isso elas devem cumprir o contrato da forma como ele foi avençado. Como não há a ocorrência de nenhuma situação imprevisível, já que o contrato de compra e venda de safras futuras em sua essência pressupõe riscos, o contrato deve ser cumprido como fora acordado.

Por isso, não há afronta aos princípios de boa-fé e função social do contrato, como argumentado pelo TJ/GO. A função social indica que o contrato deve perseguir, além dos fins econômicos, aqueles extracontratuais socialmente relevantes. Entretanto, o papel primário do contrato é econômico, não podendo ser ignorado a pretexto da assistência social do recorrido que sabia dos riscos intrínsecos ao contrato. A boa-fé impõe standards de conduta e pressupõe deveres de lealdade e probidade entre as partes. Não há nenhum indício de que o recorrente tenha agido de má-fé, já que o fato da majoração do preço de mercado não indica sua existência.

Na decisão, foi considerado que a variação do preço nas sacas de soja é previsível e é um risco considerado no momento em que o contrato é celebrado tanto pelo produtor quanto pelo comprador. Não há que se falar, portanto, em excessiva onerosidade, pois que acontecimentos extraordinários são intrínsecos à atividade agrícola. Ou seja, como a entrega das sacas se daria somente em um ano do momento em que o contrato foi avençado, as variações de câmbio são inevitáveis e por isso não podem ser desconsideradas. Desta forma, deu-se provimento ao recurso, mantendo-se o conteúdo do que fora inicialmente acordado.

7. Recurso Especial n. 811.670 - MG

Cuida-se de recurso especial interposto por Wânia de Souza Pessoa e Outros, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A recorrente Wânia e seu marido celebraram contrato de permuta, com Paulo José de Oliveira e outra, ora recorridos, tendo por objeto dois imóveis financiados. Cada parte, portanto, assumiria o pagamento das prestações da outra parte. Ressalta-se que foi atribuído maior valor ao imóvel dos recorrentes, dando os recorridos, por isso, certo valor em dinheiro àqueles. Ocorre que o marido da primeira recorrente faleceu, fato que quitou o financiamento do imóvel recebido em permuta pelos recorridos, sendo estes beneficiados pela quitação

enquanto os recorrentes continuaram obrigados a pagar o financiamento do imóvel dado a eles em permuta. Assim, os recorrentes pleitearam a revisão da cláusula contratual em ação de conhecimento para que os recorridos pagassem o financiamento do imóvel que foi dado aos próprios recorrentes, bem como a quitação do imóvel em que morava a primeira recorrente. Neste caso, a controvérsia está em determinar quem deve ser beneficiado por indenização paga em decorrência do falecimento de mutuário, bem como utilizado para a quitação do próprio imóvel financiado. Os recorrentes pleiteiam o direito de se beneficiar do seguro de vida do falecido justamente por serem esposa e filho deste, enquanto os recorridos afirmam ter o direito sobre tal indenização por terem assumido o financiamento em seu nome.

Nota-se, nessa situação, a presença do princípio da autonomia privada, que se baseia na liberdade que as partes possuem de celebrar um contrato e dirigir livremente suas vontades a um mesmo fim pré-determinado. Assim, ao firmarem o mencionado contrato, os contratantes procuraram manter o equilíbrio e dirigiram seus anseios no sentido de manter a igualdade de condições entre ambas, remetendo-se à observância ao princípio da boa-fé, que pressupõe uma colaboração mútua e atendimento às legítimas expectativas, já que ambos visavam à aquisição do imóvel.

O princípio do equilíbrio contratual tem direta incidência na situação. Este princípio se aplica sempre que houver superveniente desequilíbrio entre as partes, decorrente de fato extraordinário ou não previsto pelas partes. No caso, tal fato seria a morte do marido da primeira recorrente. Deste modo, para manter a conduta pautada na boa-fé manifestada desde o início pelas partes, bem como para evitar o desequilíbrio contratual e enriquecimento sem causa, faz-se imprescindível que o pagamento do seguro seja dirigido aos dependentes do falecido, já que o objetivo do seguro é amparar financeiramente os dependentes do proponente, e não terceiros.

Nesse sentido e unanimemente, a decisão da terceira Turma conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, ficando os recorridos condenados a pagar aos recorrentes a quantia equivalente ao débito quitado pela seguradora devido ao falecimento de Eustáquio, descontando-se as prestações pagas pelos recorridos e levantadas por Wânia.

8. Recurso Especial n. 866.343 - MT

Trata-se de recurso especial interposto por Primus Incorporação e Construção Ltda. e Outros em face do Banco Bradesco S/A. A recorrente alegou a ocorrência de várias irregularidades cometidas pelo recorrido com relação a contratos de financiamento celebrados, sendo absorvidos mediante novação. De acordo com a recorrente, tais contratos possuíam a finalidade de construir o edifício Manchester, entretanto, no decorrer das relações obrigacionais, o recorrido cometeu várias ilicitudes operacionais. O conflito está em determinar a possibilidade de análise das supostas ilegalidades nos contratos

celebrados em momento anterior à alegada novação, em que o recorrente afirma ter havido cerceamento de seu direito de defesa, haja vista que o Tribunal *a quo* não analisou os pactos firmados anteriormente em razão da novação, não se manifestando de forma satisfatória sobre os vícios apontados pelo recorrente. Alega-se no recurso especial por ele interposto, por isso, ofensa ao artigo 535 do CPC, já que os embargos de declaração opostos foram rejeitados sem se pronunciar sobre a mencionada questão.

O Juízo monocrático alegou que a novação das obrigações anteriores consubstancia óbice à análise dos pactos anteriores, se atentando a analisar a revisão das cláusulas apenas deste contrato. Reiteradas as mesmas questões ao Tribunal, este também negou provimento ao recorrente.

Percebe-se, na decisão, a consideração do princípio da obrigatoriedade, mais especificamente de sua mitigação, incidindo-se, conseqüentemente, o princípio do equilíbrio contratual. O princípio da obrigatoriedade remete-se ao cumprimento do contrato e de suas cláusulas estritamente do modo como eles foram avençados, independentemente de eventuais circunstâncias que venham a surgir ao longo da relação jurídica. O equilíbrio contratual, por sua vez, mitiga a ideia de que o contrato faz lei entre as partes e permite a revisão do contrato a fim de afastar dele situações de desigualdade e desequilíbrio entre as partes contratantes. Tal princípio, neste caso, permitirá a interpretação de que a novação não pode impedir a revisão dos negócios jurídicos antecedentes a ela, dando espaço à interação da autonomia privada, boa-fé e função social. Evita-se, assim, que a recorrente seja onerada na relação contratual avençada, afastando do contrato, através de sua revisão, eventual relação de desequilíbrio.

A decisão da quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem. Alegou-se, ainda, estar superada a questão relativa à impossibilidade de análise dos contratos anteriores, que devem ser revisados em prol do equilíbrio contratual. Por isso, afirma-se a configuração de violação, nos autos, ao art. 535 do CPC pelo não exame das ilegalidades existentes nos contratos anteriores à novação.

9. Recurso Especial n. 884.346 - SC

Trata-se de recurso interposto por Posto Nova Brasília Ltda. em face de Fabiano Duarte. O recorrente efetuou compras no mercado São Jorge, pagando com cheque o valor de R\$ 458,00 em dezembro de 2013, indicando que a data para compensação seria em 14 de janeiro de 2014. O proprietário do mercado, por sua vez, abasteceu no posto recorrente, pagando com o mesmo cheque em data anterior à pactuada com o beneficiário original deste. O cheque, assim, foi devolvido por insuficiência de fundos no dia 6 de janeiro de 2004. O recorrido ajuizou ação de indenização por danos morais em face do recorrente, já

que tal fato resultou em, nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, “bloqueio de sua conta corrente, perda do “crédito bancário”, impossibilidade de retirar talão de cheque e registro de seu nome no cadastro desabonador do SERASA”. O Juízo de Primeiro Grau julgou procedentes os pedidos, condenando o posto ao pagamento de R\$ 4.000,00 por danos morais. Interposta a apelação pelo réu ao Tribunal de Justiça, este negou provimento ao recurso.

A controvérsia está em saber se terceiro estranho à pactuação original – no caso, o Posto Nova Brasília Ltda. – tem legitimidade passiva em ação de indenização de danos morais, uma vez que a cártula foi apresentada antecipadamente. Alega o recorrente não ter qualquer relação com o recorrido, o que culminaria em sua ilegitimidade passiva. Além disso, alega também que o cheque pré-datado é um acordo firmado entre o emitente e o recebedor, devendo ele ser eximido de qualquer responsabilidade.

O princípio presente na decisão é o da relatividade dos contratos. Tal princípio tem como base a ideia de que os efeitos de um contrato são relativos às partes que o celebram. Ou seja, aqueles que não se configuram como parte em uma relação contratual não podem ser atingidos por um contrato. Desta forma, na situação em questão, a aplicação do princípio da relatividade se dá através do fato de que a pós-datação extracartular do cheque se deu apenas entre o recorrido e o mercado São Jorge, devendo os efeitos do que foi acordado se restringir somente a ambos, já que sequer constou no cheque a data de emissão. Assim, configura-se o recorrente como terceiro de boa-fé. O contrato em questão, por isso, só trará consequências jurídicas àqueles participantes da relação jurídica original, não vinculando terceiros a ela estranhos.

Além disso, a decisão foi também embasada nos princípios pertinentes ao título de crédito, sendo estes o da literalidade, autonomia, abstração e inoponibilidade das exceções a terceiro de boa-fé, já que ele exercita um direito próprio, e não derivado da relação anterior, ficando assegurado que nenhum risco proveniente desta relação irá afetar o seu direito de crédito.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para extinguir o processo sem julgamento do mérito, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva do recorrente e alegando-se que os danos devem ser compensados não por ele, mas pelo contraente que não observou a data avençada para a apresentação da cártula.

CONCLUSÃO

Da análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a normativa constitucional foi imprescindível para a reconstrução dos institutos de direito privado à luz da axiologia própria dos direitos fundamentais. A existência de um

ordenamento pautado na valorização da pessoa humana e na consagração de sua dignidade como fundamento da República rompe de forma abrupta com a ideia de propriedade vinculada a valores estritamente patrimoniais.

A Constituição Federal, assim, desloca a pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, dando prioridade às situações existenciais. Torna-se imperativo, como consequência, a releitura do direito de propriedade, que deve ser exercido em harmonia com valores extrapatrimoniais. Portanto, verifica-se que, nos julgados analisados, busca-se a harmonização entre os interesses individuais e coletivos, sendo realizada a ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, entre princípios contratuais que incidem e eventualmente colidem nos casos concretos.

Os princípios de caráter classicamente privados, como da autonomia privada e da relativização dos contratos, são, muitas vezes, relidos à luz de valores extrapatrimoniais e outros princípios como a função social e boa-fé.

A partir desta perspectiva, os institutos jurídicos passam a ser estudados não apenas em seus aspectos estruturais, ou seja, sua constituição e elementos essenciais, sendo também analisados a partir de sua finalidade e objetivos.

Verifica-se, portanto, a realização de uma interpretação sistemática dos institutos de direito privado, colocando-se em evidência os valores existenciais e solidários que cada vez mais norteiam e direcionam todas as situações jurídicas subjetivas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.158.815 - RJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.186.789 - RJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.255.315 - SP.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.383.437 - SP.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 758.518 - PR.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 803.481 - GO

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.670 - MG.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 866.343 - MT.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 884.346 - SC

ECOFEMINISMO PARA UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA

ANA CLARA FONSECA XAVIER

RESUMO: Este trabalho irá falar sobre o ecofeminismo para que tenha uma sociedade justa e igualitária com relação às mulheres. Indagará sobre a relação das mulheres no meio ambiente e se sofrem algum tipo de devastação quando este também sofre mudanças, por combinações socioeconômicas, culturais e biológicas. A mulher será o centro do trabalho juntamente com o meio ambiente e o objetivo será buscar uma solução para que isso seja mudado e que as mulheres tenham uma vida mais justa perante o meio ambiente e perante várias outras situações com que se submetem involuntariamente.

Palavras-chave: Meio ambiente. Mulheres. Empoderamento

ABSTRACT: This work will talk about eco feminism so that it has a fair and equal society with respect to women. It will inquire about the relationship of women in the environment and whether they suffer any type of devastation when it also undergoes changes, due to socioeconomic, cultural and biological combinations. Women will be the center of the work together with the environment and the objective will be to seek a solution so that this can be changed and that women have a more just life before the environment and before various other situations with which they involuntarily submit themselves.

Keywords: Environment. Women. Empowerment.

1.INTRODUÇÃO

Este artigo debate sobre questões que contém relação do gênero feminino e a educação ambiental. Através disso, tem-se um movimento chamado ecofeminismo, o qual surgiu a partir do idealismo feminista, com o intuito de unir atitudes onde busca a igualdade da mulher na sociedade.

Na concepção do movimento ecofeminista, a mulher e a natureza são grandes vítimas do sistema patriarcal, como por exemplo a mulher, esta não teria autoridade nenhuma em sua família, pois este lugar seria do homem, como autoridade sob a mulher e os filhos. Da mesma forma com a natureza, onde sofre com as queimadas por exemplo, que são feitas pelo homem, mostrando ser superior ao meio ambiente.

O ecofeminismo é uma linha do movimento feminista, onde está ligada a luta pela igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres, juntamente com a defesa do meio ambiente e sua preservação. Aos poucos foi se expandindo para outros setores do pensamento social.

Para quem se interessa pelo assunto, é importante saber que por conta de uma junta de fatores socioeconômicos, culturais e biológicos, as mulheres são as que mais sofrem com a devastação do meio ambiente, sentem mais que os homens.

Atualmente, a sociedade encontra-se abalada pelos desastres naturais que vem acontecendo, pelas ameaças de escassez dos recursos naturais como a água, por exemplo. Deste modo, muitas formas de sustentabilidade vêm abrindo caminhos para uma sociedade que pulsa na utilização de recursos naturais de modo razoável. Na luta por espaço e reconhecimento de ambos os sexos, as mulheres devem sim se unir, em vários aspectos ou até mesmo movimentos políticos para que consigam aquilo que desejam.

É importante que as mulheres utilizem do empoderamento feminino para conseguir aquilo que querem com mais facilidade e mais garra, pois juntas são mais fortes. E o que é empoderamento. Nada mais é que um ato de atribuir o poder de participação às mulheres em todas as esferas, certificando que possam estar cientes da luta pelos seus direitos.

O objetivo geral deste trabalho é mostrar para as mulheres o poder que todas elas têm e que são capazes de mover todos os movimentos que quiserem. Informá-las também sobre o que é o ecofeminismo, para que entendam que os direitos de todas elas estão além do que procuram.

2.ECOFEMINISMO

Como dito anteriormente, ecofeminismo é uma linha do movimento feminista onde está ligada a luta por igualdade de direitos entre homens e mulheres. Historicamente, teve seu marco inicial no ano 1970 como movimento político. Existem autores que dizem que o movimento começou um pouco antes, em 1962, por conta da publicação do livro da autora Rachel Carson (NHANENGE, 2011, p. 98). Este livro deu influência a vários movimentos ambientais para a proteção da natureza, contra poluição e destruição do meio ambiente.

Ecofeministas sobrescrevem assuntos como a destruição ambiental, produção de resíduos tóxicos e sugere novas visões políticas para o mundo. Para o ecofeminismo as demandas ecológicas e femininas devem ser reunidas a fim de se repensar novos sistemas econômicos-sociais-culturais que não sejam alicerçados em subordinação e opressão. (RUETHER, 1995, p. 204).

Existem também autores que resguardam as razões da dominação da natureza e conjuntamente da mulher e resulta das suas próprias relações de exploração econômica existentes nas sociedades modernas.

3.O FEMINISMO E AS CRÍTICAS AO DIREITO

As críticas feministas ao direito, direcionam-se a um sistema em que as leis e a cultura se provem de forma bilateral, deixando assim, as mulheres em desvantagens perante esse ordenamento.

Segundo Carol Smart, a luta contra o direito e não pelo direito, aumentou e gerou algumas consequências como o refinamento das teorias jurídicas e um renomado vigor no intento de utilizar o direito para a causa feminista. Além disso, para que o movimento possa usar o direito como benefício às mulheres, teria que assumir que representa todas elas, de um jeito que acaba sendo uma estratégia excludente. (SMART, 2000, p. 32-33).

O feminismo jurídico é uma forma crítica ao sistema jurídico, de ver como ele desvaloriza a mulher e o feminino no ordenamento. Quando a crítica ao direito mostra-se de uma forma desigual, por conta de como cada feminista compreende o direito, o feminismo jurídico terá que ser analisado dentro de algumas vertentes dentro do direito, como o feminismo liberal clássico, o feminismo social ou socialista, o feminismo da diferença ou cultural, o feminismo radical e o feminismo pós-moderno.

4.O ECOFEMINISMO E SUAS DISTINÇÕES

O ecofeminismo, expondo suas distintas significações, integra uma ideia fundamental, que é a existência de uma interconexão entre a dominação da natureza pelos seres humanos e a dominação feminina aos homens, mostrando a predominância de formas patriarcais na estruturação ocidental, onde mostra a mulher apenas à reprodução social.

As limitações da liberdade das mulheres, a quase exclusão do âmbito político, a relação da mulher entre a divisão sexual do trabalho, a desigualdade na distribuição de poder, dentre várias outras, também são questões problemáticas.

O pensamento feminista contém três pressupostos, que são eles: Um sob econômico, onde percebe-se que a mulher e a natureza são tidas como recursos ilimitados que proporcionam a junção de capital. A segunda sob o enfoque político, que conheceria a mulher e a natureza e o homem com a cultura, eternizando a hierarquização do homem e a cultura, para legitimar a relação da mulher e a natureza. A terceira e última, as políticas científicas e tecnológicas do desenvolvimento econômico moderno, e formam uma visão que exclui o feminismo do campo do conhecimento científico.

Em suas reflexões Garcia afirma:

“o debate ecofeminista enfatiza o efeito das construções ideológicas nas relações de gênero e nas formas de ação em relação ao meio

ambiente. No entanto, precisamos ir mais adiante e examinar criticamente as bases materiais que são subjacentes a estas construções, ou seja, analisar o trabalho que a mulher e o homem produzem, a divisão sexual da propriedade e do poder e a realidade material das mulheres das diferentes classes, raças e castas (no caso da Índia), pressupondo que essas diferentes inserções sociais devem afetar de forma diferenciada a vida das mulheres, possibilitando diversas respostas à degradação do meio ambiente” (GARCIA, 1992:165 apud Siliprandi, 2000 p.69).

5.A CONEXÃO DA MULHER COM A NATUREZA

Na prática do movimento feminista brasileiro, a presença das mulheres organizadas em lutas locais e territoriais de resistência á barragens, ao uso de agrotóxicos , a privatização da água, ao banimento de usinas nucleares, ou também, através da agroecologia e da agricultura familiar, da economia solidária, do extrativismo local e da proteção dos bosques, são mostra de lutas do cotidiano da vidas que foi impondo ás mulheres.

A recuperação e a atualização do pensamento feminista, introduzindo as reflexões ecofeministas ou ambientalistas e as contribuições das mulheres indígenas, aparece como uma necessidade que surgiu da prática de resistência do movimento das mulheres em um modelo de desenvolvimento insustentável, que está cada vez mais sendo impactado as próprias bases da sobrevivência sadia e digna.

Com a colaboração do pensamento econômico feminista, o confronto com novos desafios e lutas ambientais, ganharam novas alianças e perspectivas de apoio para refletir sobre mudanças que são necessárias ao movimento feminista na atualidade. O movimento feminista e a natureza estão em processo de grandes mudanças e tendo novos desafios, com relação a natureza e suas riquezas e também com suas limitações.

Existem vários motivos para que o ecofeminismo seja o assunto central para o feminismo. Um dos motivos está na compreensão do tratamento da natureza com relação à mulher, em que recebem da sociedade. O feminismo ecologista reconhece que a destruição ambiental afeta sim as mulheres e todo o conjunto com que ela vive.

Os estudos ecológicos ultrapassam as divisões na concepção da natureza e revelam que pensar a ecologia é pensar o homem inserido na natureza juntamente com as relações entre humanos e humanas e entre humanos e não-humanos.

De acordo com Leonardo Boff:

Hoje estamos entrando num novo paradigma. Quer dizer, está emergindo uma nova forma de dialogação com a totalidade dos seres e de suas relações [...] em razão da crise atual, está se desenvolvendo uma nova sensibilização para com o planeta como um todo. Daqui surgem novos valores, novos sonhos, novos comportamentos, assumidos por um número cada vez mais crescente de pessoas e de comunidades. É desta sensibilização prévia que nasce um novo paradigma.

Esta mudança do tal paradigma requer *"uma mudança radical em nossas percepções, no nosso pensamento e nos nossos valores."*

O ecofeminismo incorpora uma grande variedade de bases teóricas, práticas e críticas com a intenção de estudar a relação entre o feminismo e a ecologia. Com vários aspectos, encontra-se escritoras ecofeministas com ideologias liberais, marxistas, socialistas, radicais e pós-modernas. De acordo com o ecofeminismo as ações ecológicas e femininas devem ser reunidas a fim de se repensar novos sistemas econômicos-sociais-culturais, e que não sejam baseados em subordinação e opressão. Somente com a liberação de um, se conseguirá a liberação de outro. (RUETHER, 1995, p. 204).

Um exemplo bastante comum no Brasil, de situações invasivas ao corpo feminino, é a cirurgia cesárea, onde o aumento de intervenções medicamentosas, hospitalares e o crescimento dessas cirurgias, fizeram que o nascimento seja mais um evento médico do que o nascimento de uma criança e mais, o momento da mulher escolher como quer o nascimento, para que não seja tão invasivo ao corpo feminino e também ao bebê.

O parto natural sem intervenções seria a forma mais ecológica de nascer e que por outro lado, ajuda a descer do leite, para a amamentação da criança. A diminuição de intervenções desnecessárias nas práticas de nascimento no mundo, permitirá que menos recursos naturais, menos tecnologia e "expertise" fossem utilizados onde não são necessários.

6.O MEIO AMBIENTE

A preocupação com o meio ambiente vem ocupando as pautas de debates nos mais diversos setores de pensamento social e científico, aspirando e nutrindo o desenvolvimento de inúmeros enfoques vinculados a esta temática.

O meio ambiente é o endereço do futuro para qual haverá a maior convergência de demandas entre todas. A defesa do meio ambiente, conceito que inclui a restauração de ecossistemas, é uma atividade que teve seu desenvolvimento como conjunto de ações

ordenadas em meados do século que finda-se e que para fins didáticos podem se agrupar em três fases.

Inicialmente sem maiores fundamentos científicos, protestava-se contra atitudes predadoras do meio ambiente. Usava-se os mais exóticos recursos para chamar a atenção como subir em árvore para evitar a sua derrubada.

Segundo Portugal (1992) "... *A palavra recurso significa algo a que se possa recorrer para a obtenção de alguma coisa.*" Os recursos naturais, se após serem usados podem ser renovados ou voltarem a ser disponíveis, são renováveis, caso contrário não são.

E qual a relação da mulher neste meio? A mulher tem um importante papel no meio ambiente que é o cuidado consigo mesma, com os demais que estão ao seu redor, com os cuidados com que tem com a natureza. E dentro deste contexto, qual é a importância da mulher perante os homens? Nenhuma.

O ecofeminismo vem crescendo cada vez mais, e a mulher vem ganhando uma força enorme dentro dos demais assuntos em que envolvem a natureza e o homem, ou a mulher que é o foco deste tema.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DI COMMIO, Regina Célia. *Relações de gênero, meio ambiente e a teoria da complexidade*. <disponível> https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000200005&script=sci_arttext.

DULLEY, Richard Domingues. *Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais*. <disponível> <http://www.iea.sp.gov.br/out/publicacoes/pdf/asp-2-04-2.pdf>

GULLER Mut. *Ecofeminismo: você sabe o que é*. <disponível> <https://www.politize.com.br/o-que-e-ecofeminismo/>

MEDEIROS, Aline. *Empoderamento feminino: Mulheres em busca da equidade de gênero*. <disponível> <http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=1JUIZDEFORA2&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=6395&path%5B%5D=3442>

NHANENGE, Jytte. Ecofeminism: Towards integrating the concerns of women, poor people and nature into development. Maryland: University Press of America, 2011. SILVA, Cibelle. Um olhar sobre o movimento ecofeminista pelos estudantes de secretariado executivo. <disponível> <https://abpsec.com.br/abpsec/vi-enasec/anais/Arquivo%20%20-%20Trab.%20Completo%20-%20Um%20Olhar%20Sobre%20o%20Movimento%20Ecofeminista%20pelos%20Estudantes%20de%20Secretariado%20Executivo%20-%20Cibelle%20Santiago.pdf>.

RAMOS, Jéssica da Cunha. O gênero dentro da perspectiva feminina e sua relação com o direito. <disponível> <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/3126/1/O%20G%C3%8ANERO%20DENTRO%20DA%20PERSPECTIVA%20FEMINISTA%20E%20SUA%20RELA%C3%87%C3%83O%20COM%20O.pdf>

RUETHER, Rosemary. Integrating Ecofeminism, globalization and world religion. Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers, 2004.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In.: BIRGIN, Haydée. El derecho em el gênero y el gênero en el derecho. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000, p.31-71.

ZULAUF, Werner E. O meio ambiente e o futuro. <disponível> https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000200009&lng=en&nrm=iso

A ALEGAÇÃO DE PROPRIEDADE EM SEDE POSSESSÓRIA

YASMIN PATRICIO DA COSTA ALMEIDA:

Pós-graduada em Direito Processual Civil e
Direito Processual Penal

PATRICIA ESTEVES DE MENDONÇA
(orientadora)

RESUMO: Claramente visando a proteção do instituto da posse é que o legislador, via de regra, não admite a alegação de propriedade no curso de uma ação possessória. No entanto, considerando resquícios de uma antiga interpretação trazida pelo Código Civil de 1916, a matéria tem sido alvo de divergências em sede de doutrina e jurisprudência, de modo que alguns doutrinadores admitem duas hipóteses de exceção, ou seja, quando duvidosa a posse de ambos os litigantes e quando as partes disputam a posse a título de proprietárias, enquanto outros aceitam em um ou outro caso. Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende possível a alegação de domínio nas duas hipóteses, enquanto que para Superior Tribunal de Justiça somente será possível se a posse é disputada com fundamento no domínio.

Palavras-chave: Posse. Exceção de domínio. Propriedade.

SUMÁRIO: Introdução; 2. O instituto da posse; 2.1 Conceito; 2.2 Natureza jurídica 2.3 Classificações da posse; 2.3.1 Posse direta e posse indireta; 2.3.2 Posse exclusiva e composesse; 2.3.3 Posse justa e posse injusta; 2.3.4 Posse de boa-fé e posse de má-fé; 2.3.5 Posse nova e posse velha; 2.3.6 Posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*; 3. Efeitos da posse; 3.1 Percepção dos frutos; 3.2 Responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa; 3.3 Indenização das benfeitorias e o direito de retenção; 3.4 Direito à usucapião; 4. Formas de defesa da posse; 4.1 Ação de manutenção de posse; 4.2 Ação de reintegração de posse; 4.3 Interdito proibitório; 5 A exceção de domínio; 5.1 Conceito de propriedade; 5.2 Diferença entre posse e propriedade; 5.3 Distinção entre juízo possessório e juízo petitório; 5.4 Entendimento doutrinário e jurisprudencial; 6. Conclusão; 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo uma análise acerca da invocação de propriedade no âmbito do juízo possessório. Isto porque, via de regra, no curso de uma ação possessória não é admitido ao proprietário defender seu direito com base no título que possui, ou seja, em sede possessória não se discute propriedade. No entanto, a doutrina e a jurisprudência admitem duas exceções, quais sejam: quando ambas as partes discutem a posse com base na propriedade ou quando restar duvidosa a posse entre

ambos os litigantes. Destarte, os posicionamentos divergem quanto a aplicação dessas exceções.

No transcorrer do trabalho, serão abordados tópicos com o fito de melhor elucidar o tema. Inicialmente, será feita uma breve consideração acerca do instituto da posse, seus conceitos e classificações. Posteriormente, serão discutidos seus efeitos, bem como suas principais formas de defesa, destacando-se a ação de manutenção de posse, a ação de reintegração de posse e o interdito proibitório.

Por fim, no último capítulo trataremos da exceção de domínio, principal objeto de estudo deste trabalho. Antes, porém, pontuar-se-á o conceito de propriedade e as diferenças entre juízo possessório e juízo petitório.

A alegação de propriedade em sede possessória é tema relevante nos dias atuais, pois frequentemente tem-se observado no curso de ações possessórias a presença do proprietário como parte na demanda. Em razão disso, é interessante conhecer as hipóteses em que este poderá se utilizar de seu título para a defesa de sua posse.

Ademais, sobre o assunto, a doutrina diverge, de modo que alguns admitem as duas hipóteses de exceção, ou seja, quando duvidosa a posse de ambos os litigantes e quando as partes disputam a posse a título de proprietárias, enquanto outros aceitam em um ou outro caso.

2. O INSTITUTO DA POSSE

Instituto mais controvertido do Direito, a posse nos dias atuais ainda ocasiona muitos conflitos no mundo jurídico, considerando a grande divergência doutrinária no decorrer de seu estudo. Apesar de regulamentado o tema, o legislador deixou diversas lacunas na norma, cabendo à doutrina e jurisprudência sua interpretação. Em razão disso, há dissentimento quanto a sua origem, conceito, natureza jurídica e demais definições.

Inicialmente urge esclarecer o fundamento da proteção possessória. Isto porque antes de começar a discorrer sobre o assunto, é importante compreender qual a finalidade da legislação em proteger a posse, considerando que seu reconhecimento é admitido quando confrontado com direitos mais amplos, como a propriedade.

Sobre esse tópico, o doutrinador Alexandre Freitas Câmara ensina que a posse é um direito, portanto merece um remédio processual capaz de assegurá-lo. Não obstante, quando confrontada com a propriedade que não cumpre sua função social, a posse merece

proteção jurídica, haja vista que exerce essa função. Assim, a causa da tutela possessória seria a própria posse⁸⁷.

Por outro lado, reza o ilustre professor Silvio Rodrigues que a posse apresenta uma situação de fato protegida pelo legislador com o fito de evitar a violência e preservar a harmonia social⁸⁸.

Ademais, o estudo sobre a natureza jurídica da posse será visto mais adiante em tópico específico, eis que é matéria controvertida na doutrina.

2.1. CONCEITO

No decorrer da história muitas teorias surgiram buscando conceituar o instituto da posse, apesar disso o tema continua sendo altamente discutido. No entanto, merecem destaque a teoria subjetiva criada pelo ilustre jurista Friedrich Karl von Savigny e a teoria objetiva do doutrinador Rudolf von Ihering.

Para o jurista Savigny a posse é "*o poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem*"⁸⁹. Dessa forma, a posse seria o conjunto de dois elementos: o *corpus*⁹⁰, elemento objetivo que caracteriza o poder físico sobre a coisa, e o *animus*⁹¹, elemento subjetivo que consiste no propósito de ter a coisa como sua.

Já segundo a teoria do mestre Ihering, a posse é caracterizada somente pela presença do elemento *corpus*, ou seja, basta que a pessoa tenha conduta de dono da coisa. Nesse sentido, o prestigiado doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explica que "tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*."⁹²

87 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. pp. 358-359.

88 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 17.

89 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de la Possession*. In: RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 18.

90 Corpus.

91 A mente.

92 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 51.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 adotou a posição do jurista Ihering, nos termos do artigo 1.196 do referido diploma legal, *"in verbis"*⁹³: "*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade*".⁹⁴

Isto posto, para os efeitos da lei civilista o conceito de posse é objetivo, ou seja, a simples vontade de agir como proprietário da coisa, independente de ser o dono, já caracteriza o direito. Por conseguinte, o locatário que mora em um imóvel sem ter a intenção de ser seu dono, mas procede em relação a coisa como se proprietário fosse, é considerado possuidor.

Por fim, o professor Alexandre Freitas Câmara explica que devemos compreender a posse como o poder de fato sobre a coisa exercido por aquele que age como verdadeiro proprietário do bem⁹⁵.

2.2. NATUREZA JURÍDICA

Conforme vislumbrado anteriormente, a controvérsia acerca da natureza jurídica da posse cinge-se na possibilidade de ser ela um fato ou um direito. Discute-se ainda se teria natureza de direito real ou direito pessoal.

Sustenta o mestre Savigny que a posse é um fato e um direito, sendo considerada em si mesma um fato e em relação aos efeitos que produz (a usucapião e os interditos) um direito⁹⁶.

Em contrapartida o jurista Ihering entende que a posse é um direito, uma vez que trata de um interesse juridicamente protegido. Essa definição foi aceita pelo Código Civil de 2002 e partilhada por diversos doutrinadores, entre eles, Teixeira de Freitas, Demolombe, Sintenis, Molitor Pescatore, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira⁹⁷.

Noutro giro, considerando a posse como um direito, passamos a discutir se possui natureza de direito real ou pessoal.

⁹³ As palavras.

⁹⁴ BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p. 358.

⁹⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de la Possession*. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 73.

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 73.

Nesse aspecto, o ilustre educador Silvio Rodrigues entende que a posse não pode ser considerada um direito real porque não figura na enumeração do artigo 1.225 do Código Civil, tratando-se de rol taxativo⁹⁸.

No sentido oposto, defende o mestre Alexandre de Freitas Câmara que a posse é um direito real, visto que detêm todas as características dos direitos dessa natureza, quais sejam: oponibilidade *erga omnes*⁹⁹, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado e etc.¹⁰⁰

2.3. CLASSIFICAÇÕES DA POSSE

Examinados os conceitos e fundamentos do direito possessório, passa-se ao conhecimento das suas classificações para melhor compreensão do instituto e seus efeitos jurídicos. Ressalte-se que as considerações serão breves, vez que o principal objeto deste trabalho é a aplicação da exceção de domínio no direito brasileiro.

2.3.1. Posse direta e posse indireta

Conforme leciona o professor Flávio Tartuce, a posse direta é aquela exercida por quem tem o poder físico imediato sobre a coisa, enquanto a indireta trata de mero exercício de direito exercido por outra pessoa decorrente da propriedade. Como exemplo, em um contrato de locação, o locador seria o possuidor indireto e o locatário o possuidor direto.¹⁰¹

O fundamento para a aludida classificação encontra-se no artigo 1.197¹⁰² do Código Civil de 2002, *“in verbis”*¹⁰³:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

⁹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 21.

⁹⁹ Para todos.

¹⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p. 359.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 4. Direito das coisas. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. Vol 4. p 36.

¹⁰² BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

¹⁰³ As palavras.

2.3.2. Posse exclusiva e composses

Posse exclusiva é aquela em que apenas uma pessoa exerce sobre a coisa, posse plena, direta ou indireta. Para melhor elucidar o assunto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves usa como exemplo o caso de um possuidor que tem posse plena exclusiva sobre determinado bem e decide arrendá-lo a uma só pessoa. Assim, tanto sua posse indireta como a posse direta exercida pelo arrendatário serão exclusivas¹⁰⁴.

Por sua vez, a composses existe quando duas ou mais pessoas exercem a posse sobre uma mesma coisa. Sobre o tema, o docente Silvo Rodrigues ensina que "*A composses está para a posse assim como o condomínio está para o domínio*".¹⁰⁵ Dessa forma, o doutrinador esclarece que neste caso os poderes inerentes ao domínio serão exercidos por mais de um possuidor de modo simultâneo, de forma que o exercício por parte de um consorte não poderá impedir o do outro. O Código Civil admite a composses na forma de seu artigo 1.199.

2.3.3. Posse justa e posse injusta

Prevê o Código Civil de 2002, no artigo 1.200 que "É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária".¹⁰⁶ Partindo dessa premissa, podemos considerar haverá posse injusta quando eivada de um desses três vícios.

Nesse sentido, no entendimento do nobre doutrinador Silvio de Salvo Venosa, diz-se clandestina a posse "obtida à socapa, às escondidas, com subterfúgios, estratégias, manhas, artimanhas e ardis".¹⁰⁷

Segundo o professor Silvo Rodrigues, a posse precária ocorre quando a pessoa recebe a coisa com o intuito de depois devolvê-la, no entanto, quando lhe é reclamada, decide retê-la indevidamente. Por conseguinte, é violenta a posse quando conseguida pela força injusta, caracterizando o esbulho possessório.¹⁰⁸

Para todos os efeitos, o artigo 1.208 do Código Civil permite o convalidamento da posse injusta obtida por meio de violência ou clandestinidade em posse justa, quando

104 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 82.

105 RODRIGUES, Silvo. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 26.

106 BRASIL. Op cit.

107 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 69.

108 RODRIGUES, Silvo. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 27.

devidamente cessados os respectivos vícios. Entretanto, não é admitido o convalhecimento da posse precária, eis que sua precariedade não cessa.

Ademais, a posse justa é aquela que não apresenta vícios quanto a sua origem.

2.3.4. Posse de boa-fé e posse de má-fé

Acerca da posse de boa-fé, dispõe o artigo 1.201 do Código Civil em vigor, "*in verbis*"¹¹⁰:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite essa presunção.

Nesse segmento, o professor Silvio Rodrigues distingue uma classificação da outra baseado em um critério psicológico do possuidor, ou seja, se ele conhece o vício, sua posse será de má-fé, no entanto se não sabe da existência do vício, será a posse de boa-fé.¹¹¹

Outrossim, o parágrafo único transcrito acima, assegura que a boa-fé será presumida se o possuidor tem consigo um justo título. Nessa lógica, o mestre Carlos Roberto Gonçalves define por justo título o documento que seria capaz de transferir o domínio e a posse, se não existisse um vício que impedisse essa transmissão, como por exemplo, uma escritura de compra e venda devidamente registrada, no entanto o vendedor não era seu verdadeiro dono.¹¹²

Todavia, a importância desta classificação está nos efeitos por ela produzidos, assunto que será visto mais tarde.

2.3.5. Posse nova e posse velha

Trata-se de critério de classificação quanto ao tempo, oriunda dos artigos 507 e 523 do antigo Código Civil de 1916, que não foram reproduzidos no Código Civil de 2002.

109 BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

110 As palavras.

111 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 31.

112 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 97.

Em virtude disso, a matéria atualmente é regulada pelo artigo 924 do Código de Processo Civil, o qual dispõe, em suma, que a posse intentada dentro de ano e dia será regulada pelo procedimento especial de manutenção e reintegração de posse, no entanto, após esse prazo será regida pelo rito ordinário.

Diante disso, o doutor Flávio Tartuce entende como “posse nova” aquela que conta com menos de um ano e dia, enquanto a “posse velha” é a que conta com pelo menos um ano e um dia, ou seja, a posse com mais de um ano e um dia é velha. Compartilham desse posicionamento os doutrinadores Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz.¹¹³

2.3.6. Posse “*ad interdicta*” e posse “*ad usucapionem*”

Posse “*ad interdicta*”¹¹⁴ é aquela em que a lei admite sua defesa por meio dos interditos, previstos no artigo 1.210 do Código Civil de 2002. Entretanto, a posse precisa ser justa, ou seja, não poderá conter os vícios de violência, precariedade ou clandestinidade.

Por seu turno posse “*ad usucapionem*”¹¹⁵, segundo nos revela o mestre Carlos Roberto Gonçalves, “é a que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido na lei deferindo a seu titular a aquisição do domínio”.¹¹⁶

Sendo assim, a posse “*ad usucapionem*” confere ao seu titular o direito à usucapião, se forem cumpridos os seus requisitos.

3.EFEITOS DA POSSE

Neste momento, vamos tratar das consequências jurídicas advindas da posse. Veremos os direitos concedidos pela lei ao possuidor que tem sua posse mantida ou suprimida.

As regras trazidas pelo Código Civil de 2002 acerca dos efeitos da posse apresentam caráter material e processual. Todavia, para melhor didática do assunto, neste tópico abordaremos apenas os efeitos materiais, e os demais serão vistos posteriormente.

Conforme apontado no item 2.3.4, os efeitos que serão vistos neste tópico estão intimamente relacionados à forma de posse exercida pelo possuidor quanto ao seu critério

¹¹³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 4. Direito das coisas. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. Vol 4. p 46.

¹¹⁴ O proibido.

¹¹⁵ Para ter direito.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 104.

psicológico, ou seja, o legislador confrontou os interesses do possuidor de boa-fé e do possuidor de má-fé. Ademais, para análise desses efeitos considera-se que o proprietário foi vencedor na ação reivindicatória em face do possuidor, que deverá entregar a coisa reivindicada.

3.1 PERCEPÇÃO DOS FRUTOS

Na visão do doutrinador Silvio Salvo de Venosa, entende-se por frutos, sob o aspecto subjetivo, as riquezas normalmente produzidas por um bem, podendo ser naturais, industriais e civis.¹¹⁷

Para fins do artigo 1.214 do Código Civil de 2002 ao possuidor de boa-fé são garantidos os frutos percebidos enquanto ela durar. No que tange aos frutos pendentes e os colhidos com antecipação, devem ser restituídos, sendo garantidas as despesas de custeio.

Por outro lado, com relação ao possuidor de má-fé, o artigo 1.216 do Código Civil determinou que deverá restituir os frutos colhidos e percebidos, bem como os que por sua culpa deixou de perceber, tendo direito apenas às despesas de produção de custeio.

Sobre o tema o ilustre doutrinador Silvio Rodrigues expõe que a lei demonstra atitude de inegável simpatia ao possuidor de boa-fé, se mostrando totalmente contrária ao possuidor de má-fé. Assim, entende que o intuito do legislador é desencorajar a posse ilegítima, se utilizando de punições mais severas para tanto.¹¹⁸

3.2 RESPONSABILIDADE PELA PERDA OU DETERIORAÇÃO DA COISA

Nos termos do artigo 1.217 do Código Civil, "O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa."¹¹⁹ Isto posto, depreende-se que somente haverá responsabilidade do possuidor de boa-fé se provado seu dolo ou culpa.

Ao contrário, para o possuidor de má-fé, o artigo 1.218 do Código Civil prevê que este responderá pela perda ou deterioração da coisa em todos os casos, somente se

117 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 108.

118 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 68.

119 BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

eximindo da responsabilidade se provar que se teriam dado estando na posse do reivindicante.

Em detrimento disso, explica o mestre Carlos Roberto Gonçalves que a culpa do possuidor de má-fé é presumida, havendo uma inversão do ônus da prova. Assim, caberá a ele provar a exceção.¹²⁰

3.3 INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS E O DIREITO DE RETENÇÃO

Este tema encontra-se regulado nos artigos 1.218 a 1.222 do Código Civil.

Primeiramente, quanto ao possuidor de boa-fé privado da coisa em favor do reivindicante, o legislador garantiu que terá direito às benfeitorias necessárias (indispensáveis à conservação do bem) e úteis (aumentam o uso do bem). Quanto às voluptuárias (deleite ou recreio) poderão ser levantadas, desde que não danifiquem a coisa. Além disso, poderá exercer o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis, que consiste em manter o bem em seu poder, além do momento que deveria restituir, como garantia até que o reivindicante lhe pague as despesas contraídas pela coisa.

Outrossim, o possuidor de má-fé apenas poderá reaver as benfeitorias necessárias, não fazendo jus às benfeitorias úteis e voluptuárias, tampouco ao direito de retenção.

Por seu turno, as indenizações serão pagas ao possuidor de boa-fé no seu valor atual, enquanto o possuidor de má-fé, o reivindicante poderá optar entre o valor atual e seu custo.

3.4 DIREITO À USUCAPIÃO

Constitui um dos principais efeitos da posse, entendida como o modo originário de aquisição do domínio.

Em sua obra, o mestre Silvio Rodrigues define a usucapião como uma situação de fato, que, sem ser molestada, prolongou-se em certo tempo determinado na lei, transformando-se em direito. Dessa forma, o possuidor exerce sobre a coisa poderes inerentes ao domínio e após o período legal obtém uma declaração judicial que lhe confere o domínio.¹²¹

120 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 212.

121 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 108.

A usucapião encontra-se regulamentada no Código Civil de 2002, em seus artigos 1.242 (usucapião ordinária), 1.238 (usucapião extraordinária), 1.239 (usucapião especial urbana) e 1.240 (usucapião especial urbana).

Todavia, o estudo deste assunto não será aprofundado haja vista não ser este o objeto do presente artigo, apenas se faz necessário seu comentário por se tratar de importante efeito da posse. Sendo assim, essas são suas considerações.

4.FORMAS DE DEFESA DA POSSE

Com efeito, a proteção possessória representa o mais importante efeito da posse e constitui os meios de defesa criados pelo legislador para a proteção de uma situação de fato.

Essencialmente, existem três ações possessórias, são elas: ação de manutenção de posse, ação de reintegração de posse e o interdito proibitório. Estes remédios possessórios estão previstos no artigo 1.210 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, insta revelar que existem outros procedimentos como o embargo de terceiros e a ação de nunciação de obra nova, regulados pelo Código de Processo Civil que podem ser utilizados como forma de defesa da posse, porém esses meios não são exclusivamente voltados para a tutela possessória, conforme apontado pelo processualista Humberto Theodoro Júnior.¹²²

Assim sendo, abordaremos apenas os interditos possessórios voltados a proteção da posse trazidos à luz Código Civil de 2002.

4.1 AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE

Trata-se de remédio possessório dirigido ao possuidor que sofreu turbação sobre a coisa de fato que tem em seu poder. Acerca do tema dispõe o artigo 926 do Código de Processo Civil que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”.

No entendimento do doutrinador Silvio Salvo de Venosa, a turbação caracteriza uma ofensa média à posse, em que o titular tem apenas parte de seu exercício prejudicado.¹²³

¹²² JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos especiais. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol III. p 115.

¹²³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 153.

À luz do artigo 927 do Código de Processo Civil, na ação de manutenção de posse, o titular da coisa deverá fazer prova de turbação atual, pois se a turbação é passada perde-se o objeto deste interdito, cabendo ao possuidor pleitear apenas perdas e danos.

Além disso, o autor deverá provar a data da turbação. Nesse passo, em se tratando de turbação com menos de ano e dia, o juiz concederá a manutenção liminar na forma do artigo 928 do Código de Processo Civil. Se passado esse tempo, o fato perturbador se consolida, e a ação continuará pelo procedimento comum, onde apenas será admitida a tutela antecipada.

Por fim, o possuidor deverá comprovar que continua na posse da coisa, uma vez que se houver abandonado a posse em virtude do ato turbador, a ação cabível será a de reintegração de posse.

4.2 AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Trata-se de meio de defesa concedido àquele que perde o poder de sua posse em detrimento de um esbulho. Encontra-se estabelecido no artigo 926 do Código de Processo Civil, já referido no item 4.1.

A ilustre professora Maria Helena Diniz define o esbulho como “o ato pelo qual o possuidor se vê despojado de sua posse, injustamente, por violência, por clandestinidade e por abuso de confiança”.¹²⁴ Partindo dessa premissa depreende-se que o esbulho é caracterizado mesmo que não haja violência, como nos casos de clandestinidade e precariedade.

Destarte, para a ação de reintegração de posse aplicam-se as mesmas regras da ação de manutenção de posse, vista no tópico anterior. Entretanto, deve-se considerar que na reintegração o possuidor deverá provar o esbulho, a data de sua ocorrência e a perda do poder de sua posse.

Ressalte-se que este interdito tem por objeto a recuperação da coisa injustamente perdida pelo possuidor ou seu valor quando não mais existir.

4.3 INTERDITO PROIBITÓRIO

É o meio de proteção preventivo da posse, intentado pelo possuidor que apresenta justo receio de ser molestado de sua posse, ou seja, este interdito poderá ser utilizado sempre que o possuidor sofrer ameaça de turbação ou esbulho.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 4. p 87.

Na inteligência do artigo 932 do Código de Processo Civil são requisitos para propor o interdito proibitório ser possuidor, sofrer a ameaça de esbulho ou turbação e ter justo receio de ser molestado.

Insta salientar que nesta ação o possuidor busca ser assegurado da ofensa a sua posse, de modo que se a ameaça de esbulho ou turbação já se concretizou não mais será cabível este remédio.

Por outro lado, o justo receio deve ser alegado e provado para que o possuidor seja capaz de obter sucesso na demanda, do contrário o interdito será negado. Sobre a matéria o ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa define como justo receio, "temor justificado de violência iminente contra a posse".¹²⁵

Por oportuno, registra-se que pelo princípio da fungibilidade das ações possessórias, no curso de um interdito possessório, verificando o juiz que houve moléstia à posse, poderá transformar o interdito em ação de reintegração ou manutenção de posse.

Ademais, ao interdito é aplicado o disposto sobre as outras ações possessórias vistas nos itens anteriores.

5.A EXCEÇÃO DE DOMÍNIO

A exceção de domínio, durante muitos anos foi alvo de debates e discussões. No entanto, nos dias de hoje, após devidamente regulamentada, a matéria ainda gera resquícios de uma antiga interpretação trazida pelo Código Civil de 1916.

Gize-se que a alegação de domínio é uma forma de defesa por meio da qual uma das partes no curso de uma ação possessória alega ter a propriedade da coisa, pretendendo assim ser vencedora na ação.

A polêmica do tema iniciou-se a partir da redação do artigo 505 do antigo Código Civil de 1916, nestes termos¹²⁶:

Art. 505. Não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

¹²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 152.

¹²⁶ BRASIL. Lei 3.071/1916 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

Tratava-se de um dispositivo aparentemente controvertido, visto que na primeira parte o legislador fazia clara distinção entre juízo possessório e juízo petitário, demonstrando que a alegação de domínio não impediria a manutenção ou reintegração na posse, enquanto na segunda dizia que a posse não seria julgada em favor daquele que não tivesse o domínio.

Assim, a jurisprudência passou a adotar o seguinte entendimento: Em regra, não seria permitida a exceção de domínio no curso das ações possessórias. Entretanto, excepcionalmente poderia ser admitida nas seguintes situações: a) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes; b) quando as partes disputavam a posse a título de proprietárias.

Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal Federal editou a súmula 487, que dispõe: "Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for disputada."¹²⁷

Destarte, a maioria dos tribunais admitia a exceção de domínio em uma das duas hipóteses, entretanto alguns só aceitavam em um ou outro caso.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, a matéria passou a ser regulada pelo seu art. 923¹²⁸ que assim dispunha, "*in verbis*¹²⁹":

Art. 923. Na pendência de processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento de domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.

Com essa redação, a posse passaria a ser obrigatoriamente deferida àquele que evidentemente fosse titular do domínio, revogando portanto a segunda parte do artigo 505 do Código Civil de 1916.

Entretanto, a lei 6.820/80 alterou a redação original do artigo 923 do Código de Processo Civil, retirando sua parte final que admitia a exceção de domínio permanecendo apenas a primeira parte, passando a dispor da seguinte forma: "*Na pendência do processo*

127 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 487. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_50

128 BRASIL. Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm

129 As palavras.

possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio"¹³⁰.

Não obstante, o novo Código Civil de 2002 com o intuito de dirimir qualquer controvérsia, resolveu extinguir o instituto da exceção de domínio, e em seu artigo 1.210, §2º dispõe, "*in verbis*"¹³¹: "*§2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*"¹³².

Ademais, forçoso é reconhecer que assunto ainda hoje não foi consolidado na doutrina e na jurisprudência, sendo este o objeto deste trabalho. Contudo, essa discussão será vista mais adiante.

5.1 CONCEITO DE PROPRIEDADE

Partindo da premissa que a exceção de domínio é uma alegação fundada no direito de propriedade em sede possessória, oportuno se faz tecer algumas considerações sobre este instituto, bem como diferenciá-lo da posse.

O brilhante doutrinador Silvío Rodrigues¹³³, ensina sobre a propriedade que:

Trata-se, como é óbvio, de um direito real, ou seja, de um direito que recai diretamente sobre a coisa e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja. Ao titular de tal direito é conferida a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha.

Do conceito acima, extrai-se que proprietário é aquele que pode usar, gozar e dispor da coisa. Em suma, o *uso* simboliza a possibilidade de manter a coisa em seu poder, utilizando-a da maneira que lhe for conveniente; o *gozo* implica no poder de explorar a propriedade, aproveitando de seus frutos naturais e civis; e *dispor* é a possibilidade transferir ou alienar a coisa para terceiros.

Regula o artigo 1.228 do Código Civil de 2002 que o proprietário tem direito de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua. Para tanto, dispõe da

¹³⁰ BRASIL. Lei 6.820/1980. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103471/lei-6820-80>.

¹³¹ As palavras.

¹³² BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

¹³³ RODRIGUES, Silvío. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 76.

ação reivindicatória, que é conferida ao dono com o intuito de recuperar a coisa que lhe foi privada.

5.2 DIFERENÇA ENTRE POSSE E PROPRIEDADE

Para melhor compreensão da distinção entre posse e propriedade, passemos a análise do exemplo trazido pelo nobre doutrinador Silvio Rodrigues: "O proprietário de um prédio se encontra a desfrutá-lo quando é dele violentamente desapossado."

Neste caso, o dono poderia se valer de uma ação reivindicatória, provar seu domínio em detrimento do esbulhador e requerer a devolução de seu imóvel. No entanto, mais fácil será utilizar-se de uma ação possessória e provar que estava em poder da coisa quando sofreu o esbulho para ser reintegrado de sua posse.¹³⁴

Nesse contexto, verifica-se a posse será protegida porque aparenta uma situação de direito. Isto porque, o legislador preferiu assegurar a paz e harmonia social.

O referido doutrinador¹³⁵ confere uma distinção pontual entre posse e propriedade, senão vejamos:

Enquanto a propriedade é a relação entre a pessoa e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito, a posse consiste em uma relação de pessoa e coisa, fundada na vontade do possuidor, criando mera relação de fato. Tal relação de fato talvez nada mais seja que a exteriorização do direito de propriedade.

Por sua vez, o renomado doutrinador Silvio Salvo de Venosa distingue os institutos considerando que a posse é um poder de fato sobre a coisa protegido pela lei, enquanto a propriedade é um direito adquirido de acordo com formas instituídas do ordenamento.

5.3 DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO PETITÓRIO

O juízo possessório é o meio de tutela da posse, ou seja, neste procedimento exercita-se apenas a proteção jurídica ao fato da posse, em detrimento de ameaça, turbação ou esbulho.

Outrossim, o juízo petitório é o meio de tutela dos direitos reais, ou seja, os litigantes alegam o domínio. Neste caso, o possuidor tem a posse e a propriedade.

¹³⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 15.

¹³⁵ RODRIGUES, op cit.

Sobre a questão, ensina o doutrinador Silvio Salvo de Venosa que nas ações possessórias trata-se exclusivamente da questão da posse, enquanto nas ações petitórias considera-se apenas o direito de propriedade.¹³⁶

Em razão disso, em regra, no juízo possessório não é admitido alegar o domínio. Todavia, a exceções serão tratadas no próximo item.

5.4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Conforme apontado no início deste capítulo, a exceção de domínio prevista no artigo 505 do Código Civil de 1916 não foi recepcionada pelo atual Código Civil.

Nesse diapasão, é pacífico na doutrina que via de regra não é admitida a alegação de propriedade em sede possessória. No entanto, há duas exceções admitidas, são elas: a) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes; b) quando as partes disputam a posse a título de proprietárias.

Sobre o tema, a doutrina diverge, de modo que alguns admitem as duas hipóteses, enquanto outros aceitam em um ou outro caso.

Nesse contexto, em sua obra, o considerado doutrinador Washington de Barros Monteiro aceita as duas exceções, ou seja, para o professor, quando as partes disputam a posse a título de proprietárias ou quando resta duvidosa a posse de ambos os litigantes, é cabível a alegação de domínio, haja vista que nesses casos a apreciação dos títulos é necessária para melhor caracterizar a posse.¹³⁷

Partilha desse entendimento o doutrinador Silvio Rodrigues¹³⁸, sustentando que a exceção de domínio ainda é invocável quando em sede possessória nenhuma das partes provar a sua posse ou quando os litigantes reclamam a posse alegando domínio. Segundo ele, a lei 6.820/80 não suprimiu a *exceptio proprietatis*¹³⁹.

No mesmo sentido, entende o doutrinador Silvio Salvo de Venosa que o Código Civil de 2002 está exclusivamente ligado ao fato da posse nas ações possessórias. Isto

136 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 36.

137 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das coisas. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol 3. p 57.

138 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 59.

139 A propriedade exceção.

posto, poderão ser alegados outros direitos nesta contenda, mas a decisão será com fundamento exclusivo na posse.¹⁴⁰

Noutro giro, discorda desse pensamento a ilustre professora Maria Helena de Diniz. Para a doutrinadora, é possível a exceção de domínio quando as partes não conseguem provar a posse que disputam a título de domínio.¹⁴¹ Assim, a educadora apenas admite a segunda exceção.

Mister se faz comentar ainda a exceção apontada pelo exímio desembargador Alexandre Freitas Câmara.¹⁴² O autor aponta que a Lei 10.257/2001 em seu artigo 11 criou uma exceção à regra geral. Dispõe o artigo, "in verbis"¹⁴³:

Art. 11 Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.

À luz o referido artigo, ajuizada uma ação de usucapião especial urbano, todos os processos petitórios ou possessórios ficam suspensos. O referido doutrinador entende que esta exceção está em perfeita consonância com o artigo 923 do Código de Processo Civil, eis que visa ampliar a proteção do possuidor que concede função social ao seu imóvel.¹⁴⁴

Sendo assim, podemos dizer que em regra a exceção de propriedade não é admitida em nosso ordenamento jurídico, vez que o Código Civil de 2002 não trouxe essa possibilidade. No entanto, conforme explanado, a doutrina divide-se em duas correntes. A primeira entende que será possível a "*exceptio proprietatis*"¹⁴⁵ duvidosa a posse de ambos os litigantes e quando as partes disputam a posse a título de proprietárias. Enquanto a segunda admite somente a segunda hipótese.

Por oportuno, considerando a divergência doutrinária, vejamos como a jurisprudência tem abordado a questão.

140 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 145.

141 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 4. p 89.

142 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p 375.

143 As palavras.

144 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p 375.

145 A propriedade exceção.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende possível a alegação de propriedade em sede possessória quando ambas as partes alegam ser proprietárias do bem e quando duvidosa a posse de ambas. Isto porque no curso de uma ação de reintegração de posse movida por Issac Gabriel Hanfling e Javier Nestor Kruszel em face de Alessandra Katcips, o juiz deferiu a liminar reintegrando os autores na posse do imóvel, tendo a ré interposto agravo de instrumento.¹⁴⁶

Em sede de recurso o referido tribunal negou provimento ao recurso sob o argumento de que a exceção de propriedade só pode ser alegada quando ambos os litigantes buscarem a proteção da posse com base, exclusivamente, no direito dominial ou quando for conflitante ou duvidosa a posse de ambos, o que não ocorreu no caso.

Em outro julgado o referido tribunal também admitiu as duas hipóteses de exceção. Veja-se.

No caso, César Augusto de Marchi ajuizou ação de manutenção de posse em face de Erwin Fiamoncini e Ézio Fiamoncini. Sendo julgado procedente o pedido, os réus apelaram.

Em sede de apelação o referido tribunal se manifestou negativamente ao provimento do recurso, entendendo novamente que a questão de propriedade dentro da demanda possessória somente é cabível quando duas pessoas disputam a posse a título de proprietárias e quando duvidosa a posse de ambos os litigantes, fato que não restou caracterizado no caso.¹⁴⁷

Note-se que o citado tribunal tem pacificado seu entendimento nesse sentido, admitindo assim as duas hipóteses de exceção.

Outrossim, para o Superior Tribunal de Justiça a exceção de propriedade somente será possível se a posse é disputada com fundamento no domínio, conforme depreende-se do julgado a seguir.

O caso refere-se a um Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face de Vitória da Conceição, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que afastou o pedido da autarquia de reintegração na posse com base na posse no título.

146 Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº 2007.014876-5. Rel. Des. Stanley da Silva Braga. Julgado em 08/10/2010.

147 Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº. 2006.046824-8. Rel. Des. Denise Volpato. Julgado em 25/03/2010.

No julgamento do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que pelo fato de apenas a autarquia haver sustentado sua posse com base no título, não seria aplicável a exceção de domínio, vez que esta restringe-se a hipótese em que ambos os contendores disputam a posse fundada na propriedade, conforme a súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁸.

6. CONCLUSÃO

Destarte, a retirada da exceção de domínio do Código Civil de 2002 se justifica uma vez que o legislador procurou proteger o instituto da posse. Nesse sentido, as ações possessórias foram criadas justamente para regular a situação da posse sobre a propriedade.

Entretanto, frequentemente tem-se observado no curso de ações possessórias a presença do proprietário como parte na demanda. Em razão disso, o estudo deste tema ainda é relevante na medida em que podemos identificar as hipóteses em que a propriedade poderá ser utilizada em defesa da posse.

Em suma, a doutrina e a jurisprudência admitem duas exceções, quais sejam: quando ambas as partes discutem a posse com base na propriedade ou quando restar duvidosa a posse entre ambos os litigantes, de modo que alguns admitem as duas hipóteses, enquanto outros aceitam em um ou outro caso.

Ademais, esse artigo teve por objetivo explanar a possibilidade da alegação de propriedade no âmbito das ações possessórias.

Ante o exposto, podemos concluir que a exceção de domínio embora abolida pelo Código Civil de 2002, ainda é reconhecida pela doutrina e pelos tribunais. Entretanto, o tema ainda encontra controvérsias no mundo jurídico cabendo a jurisprudência futuramente pacificar esse assunto que vem se prolongando por décadas, pois cessar com as divergências é medida necessária para se alcançar o bem estar social.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.257/2001 (**Estatuto da Cidade**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm.

BRASIL. Lei 10.406/2002 (**Código Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

¹⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. Recurso Especial nº. 2004/0081711-5. Rel. Min. Castro Meira. Julgado em 16/06/2005.

BRASIL. Lei 3.071/1916 (**Código Civil**). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

BRASIL. Lei 5.869/1973 (**Código de Processo Civil**). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL. Lei 6.820/1980. Disponível em:
<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103471/lei-6820-80>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Procedimentos especiais. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol III.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das coisas. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol 3.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 4**. Direito das coisas. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. Vol 4.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5.

CURADORIA ESPECIAL E DEFENSORIA PÚBLICA

KATHLEN CAROLINE ALVES DE LIMA:
Advogada.

Resumo: O presente artigo visa trazer uma reflexão a respeito da atuação da Defensoria Pública na sua função típica de Curadora Especial.

Palavras-Chave: defensoria, processo civil, curadoria especial, função típica.

Abstract: This article aims to reflect on the role of the Public Defender's its typical role of Special Curator.

Key-words: defense, civil procedure, special curatorship, typical function.

Sumário: 1. Introdução. 2. As funções típicas e atípicas 3. Os diferentes tipos de curadoria especial 4. Conclusão. 5. Referências

1.Introdução

A Curadoria Especial é o instituto de Direito Processual Civil que pretende proteger e guardar os interesses jurídicos daqueles que se encontram em situação *in loco* de vulnerabilidade, proporcionando a quem necessitar uma proteção especial para que seus direitos possam ser eficazmente defendidos em juízo para não haver nenhum tipo de prejuízo a defesa e a interesses individualmente indisponíveis.

A qualquer cidadão é assegurado o direito de escolha de um defensor de confiança, como expressão dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. No entanto, há casos em que a pessoa se encontra em situação de vulnerabilidade sem que haja defensor constituído para que resguarde seus interesses jurídicos.

Por isso, na atual ordem constitucional, é inadmissível que aqueles que se encontram em determinadas situações de hipossuficiência não tenham um defensor apto a proteger seus direitos em juízo, o que violaria os princípios garantidores de direitos fundamentais consubstanciados inclusive em Tratados Internacionais, além de ferir a própria garantia do acesso à justiça.

É para esses casos que a lei estabelece a figura do curador especial, que tem como objetivo defender os interesses da parte vulnerável no processo. Assim, tem-se que o curador especial exerce um *munus* público dentro do processo.

2.As funções típicas e atípicas

A curadoria é um instrumento que foi positivado como essencialmente exercido pela Defensoria Pública no Código de Processo Civil de 2015. No entanto, já era positivada no art. 4º, XVI da Lei Complementar nº 80/94 como sendo a curadoria especial uma atribuição institucional da Defensoria Pública. É importante salientar, no entanto, que há uma discussão acerca da curadoria ser uma função típica ou atípica uma vez que a função principal da Defensoria é a defesa dos interesses dos necessitados, conforme art. 134 da CF/88.

Tradicionalmente, a doutrina divide as funções institucionais em típicas e atípicas:

- a) **FUNÇÕES INSTITUCIONAIS TÍPICAS** : exercidas com o objetivo de tutelar direitos titularizados por hipossuficientes econômicos.
- b) **FUNÇÕES INSTITUCIONAIS ATÍPICAS**: todas aquelas que não se relacionarem com a deficitária condição econômica do sujeito, sendo desempenhadas pela Defensoria Pública independentemente da verificação da hipossuficiência financeira do destinatário.

A curadoria especial vem prevista no art. 72 do Código de Processo Civil, e coloca a Defensoria Pública como órgão titular e exclusivo para o exercício da curadoria. Nos termos do CPC:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

Por isso, prevalece na doutrina que que a Defensoria Pública quando atua como Curadora Especial, exerce uma função atípica, pois não se é analisado se a parte é hipossuficiente financeiramente tendo em vista que a função principal da Defensoria é a defesa dos interesses dos necessitados, conforme art. 134 da CF/88. De toda forma, através de uma interpretação teleológica do texto constitucional, foram legalmente atribuídas à

Defensoria Pública funções institucionais voltadas para a tutela dos direitos e interesses de sujeitos em situação de vulnerabilidade jurídica ou de grupos organizacionalmente frágeis.

3.Os diferentes tipos de Curadoria Especial.

Importante ressaltar as diferenças encontradas nos mais variados tipos de curadoria. Primeiramente com relação ao processo civil também não se confunde com a curadoria especial do processo criminal. Isto porque há distinção entre curadoria especial *lato sensu* - que engloba todos os casos de atuação da DP que dispensam a investigação de hipossuficiência financeira; e *stricto sensu* - que é a regulamentada pelo CPC, em que o Código de Processo Civil, no art 341, paragrafo único, expõe que o Curador Especial não tem ônus de impugnação específica, podendo contestar por negativa geral.

De outro modo, a Curadoria Especial também não se confunde com a tutela ou a curatela. A curadoria especial é instituto de direito processual, e possui finalidade específica, que, uma vez atingida, esgota a atuação do curador especial. A tutela e curatela, por sua vez, são institutos de direito material, e têm como objetivo uma regência geral de pessoas e bens.

O curador especial assume os ônus, faculdades, direitos e deveres relativos à situação jurídica ativa ou passiva em que se encontre a parte, lembrando que pode praticar os atos processuais típicos inerentes à tal posição. Assim, o curador especial, pode apresentar contestação, produzir provas, interpor recursos, etc.

Outra divisão da curadoria está elencada na doutrina do professor José Augusto Garcia de Sousa, citando que a Defensoria Pública possui atribuições "tradicionais" e "não tradicionais". A atribuição tradicional está fundada no paradigma do individualismo, a qual compreende as atribuições ligadas "à carência/hipossuficiência econômica (equiparada a carência 'jurídica' da Lei n. 1.060/50)". Já as atribuições "não tradicionais" se fundamentam no paradigma solidarista, estando ou não ligadas à carência/hipossuficiência econômica.

4- Conclusão

Por fim, além de ser mister a atuação do Defensor Público como curador especial. As legislações ordinárias estaduais atualmente preveem a designação de órgão próprio e incumbido para tal finalidade, é importante destacar que em recente julgado, o STJ entendeu que a Defensoria Pública quando atua na qualidade de curadora especial está dispensada do adiantamento do preparo recursal, considerando a necessidade de se assegurar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Todavia quanto ao Defensor Público, servidor do Estado, este não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única, porém ao final do processo, se o réu se sagrar vencedor da demanda, a instituição Defensoria Pública terá direito aos honorários sucumbenciais.

5.Referências

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coor.) *Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015, (Coleção Repercussões do Novo CPC)

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. *Novo Código de Processo Civil para concursos* – 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

RÉ, Alúcio Iunes Monti Ruggeri. *Manual do Defensor Público*. – 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS

NATHANY MATOS BARBOSA:

Bacharelanda em Direito Centro
Universitário de Santa Fé do Sul
(UNIFUNEC)

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA
(orientador)

RESUMO: O artigo apresenta como objetivo central, estudo em relação a responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas. A pesquisa será baseada na seguinte questão: O cirurgião, agindo de forma adequada, deverá responder civilmente, caso o paciente, sabendo as possíveis complicações ou resultados, não estiver satisfeito com o resultado? Esta pesquisa, tem como hipótese a não responsabilidade civil do médico cirurgião, se o mesmo, orientou seu paciente dos riscos presentes, e não, utilizou de alegações aleivosa com o intuito de convencê-lo a passar por tal procedimento estético. Objetivo em questão é demonstrar de acordo com a doutrina, jurisprudência e legislação, até onde vai a responsabilidade do médico diante de cirurgias plásticas estéticas, quando dispuserem de insatisfação em relação ao procedimento. Os resultados colhidos mediante pesquisa indicam que, se o paciente optar pela cirurgia plástica, sabendo dos riscos e resultado paliativo, e dependendo também de sua colaboração, não há responsabilidade civil do médico diante da insatisfação. Ao menos que, se comprove a culpa do profissional em relação a algum dano sofrido pelo paciente. Concluindo, se o médico agir de maneira adequada diante o paciente, não há o que se falar em responsabilidade civil. É possível ainda, a cumulação de danos morais e estéticos, pois o STJ entende que atinge bens jurídicos diversos.

Palavras-chave: Cirurgia Plástica Estética. Responsabilidade Civil do Médico. Insatisfação Estética.

ABSTRACT: The main objective of the article is a study in relation to the civil liability of physicians in plastic surgery. The research will be based on the following question: Should the surgeon, acting appropriately, respond civilly, if the patient, knowing the possible complications or results, is not satisfied with the result? This research hypothesizes the non-civil liability of the surgeon, if he guided his patient about the present risks, and not, used treacherous allegations in order to convince him to undergo such an aesthetic procedure. The objective in question is demonstrated in accordance with the doctrine, jurisprudence and legislation, to what extent the physician's responsibility goes before cosmetic plastic surgeries, when they have dissatisfaction with the procedure. The results collected through research indicate that, if the patient chosen for plastic surgery, knowing the risks and palliative result, and also dependent on their cooperation, there is no liability of the doctor

in the face of dissatisfaction. Unless, the professional's guilt is proven in relation to some damage suffered by the patient. In conclusion, if the physician acts appropriately to the patient, there is no need to talk about civil liability. It is also possible, the accumulation of moral and aesthetic damages, as the STJ understands that it affects several legal assets.

Keywords: Aesthetic Plastic Surgery. Physician's Civil Liability. Aesthetic Dissatisfaction.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, para discorrermos o tema abordado, necessitamos analisar qual o tipo de responsabilidade que possui o médico ao tratar cirurgia plástica de caráter estético. Temos que, Responsabilidade Civil é o meio pelo qual obrigada a pessoa a reparar o dano que causou a outrem em razão de atos por ela mesmo praticado, seja ele moral ou patrimonial. Expõe o artigo 927 do Código Civil brasileiro: "aquele que por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: "Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem"".

O objetivo acerca deste estudo constitui em demonstrar, de acordo com doutrina, jurisprudência e legislação brasileira, o atual entendimento a respeito da responsabilidade civil do médico frente à cirurgia plástica de natureza puramente estética, quando houver insatisfação do cliente em relação ao procedimento usado. Analisaremos o conceito e tipos de responsabilidade civil, assim como, os procedimentos usados pelo médico cirurgião, verificando o entendimento atual sobre o tema abordado neste artigo.

Observa-se que a busca pela cirurgia plástica vem crescendo abundantemente devido aos padrões de beleza inalcançáveis imposto pela mídia. A maioria das pessoas buscam melhorias estéticas, seja ela de grande ou pequena proporção, pois nunca estamos satisfeitos com nossa aparência e sempre buscamos mais e mais melhorias. Mas será mesmo que essas "melhorias" são mesmo necessárias ou apenas para preencher o vazio de ser quem se é? Nunca se sabe, a verdade é que nunca será suficiente.

A cirurgia plástica estética, ganhou lugar de grande destaque, uma vez que, há incidências de processos abordando uma grande massa de profissionais da área, devido insatisfações em não alcançar o resultado almejado. Sendo assim, o tema apresentado é de suma importância, tanto pela busca descontrolada pelos serviços estéticos, quanto pelo enorme número de casos tramitando em juízo.

O estudo demandou metodologia baseada em pesquisas bibliográficas a respeito do tema, bem como artigos científicos, tendo em vista o Código Civil brasileiro, no intuito de

esclarecer dúvidas frequentes a respeito da responsabilidade civil do cirurgião, e entender mais sobre, pois é de grande relevância para todos entender os seus direitos e interesses.

A pesquisa teve como prioridade um procedimento cogitativo, baseando-se na teoria, estudos da doutrina e interpretação da legislação, compreendendo a Responsabilidade Civil em caráter subjetivo e decorrente de uma obrigação de resultado, pois o médico se compromete a obter um resultado específico. Mas nos casos em que há insatisfação, não é eficaz, que o agente apenas alegue o erro e prejuízo, sem antes, demonstrar que o profissional contribuiu culposamente para tanto, que não fez uso dos ensinamentos e métodos disponíveis dos seus estudos e ciência médica na busca do resultado. Será necessário analisar todo o contexto por trás da insatisfação, do possível erro, antes de acusar legalmente o profissional da área.

Para melhor compreensão do leitor, este artigo foi dividido em capítulos, começando por algumas considerações a respeito da cirurgia plástica estética, e seus riscos. A responsabilidade civil do médico, caso o paciente tenha insatisfações, um pouco a respeito de imprudência, negligência e imperícia, e o último finalizando com a problemática, demonstrando qual será o tipo de responsabilidade que o cirurgião acatara em cirurgias de caráter puramente estético.

2 HISTÓRIA DA CIRURGIA PLÁSTICA

A cirurgia plástica como ramo da cirurgia geral surgiu logo após a Primeira Guerra, onde o principal objetivo era readaptar os feridos e traumatizados da guerra. Deste modo, a Primeira Guerra mundial foi a pioneira da origem dessa especialidade. No final do século XIX, sobreveio as primeiras próteses nasais, dando origem a rinoplastia. Com muito estudo, em 1930 é criada as primeiras sociedades científicas plásticas, acarretando o desenvolvimento da modalidade.

O primeiro objetivo da cirurgia plástica era de atender necessidades físicas oriundas da guerra, e não de caráter embelezador. Mas, com o crescimento medicinal e a descoberta da anestesia geral, a cirurgia dá o maior passo da história, segundo a doutrinadora Mariana Massara Oliveira. E é nesse exato momento que a medicina dá um grande passo, e surgindo maneiras estética e embelezadora, acrescentando à sociedade soluções mais eficazes para obtenção de maior qualidade de vida e ajudar na autoestima.

Na década de 80, o Brasil já se tornava grande referência para quem buscava modificar a estética de alguma parte do corpo, contando com muitos profissionais famosos e diversas clínicas espalhadas pelo país. Hoje a SBCP conta com milhares de cirurgião plástico. Atualmente, o país vem ocupando espaço e destaque no cenário internacional, sendo o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo.

O cirurgião plástico Dr. Moisés Wolfenson, em entrevista para o Websérie Plastiko's na edição de 221, destacou que a excelência dos procedimentos cirúrgicos realizados por profissionais brasileiros, está no nível de exigência, considerado alto, mesmo em cirurgias reparadoras é feita com sentido estético.

Com toda essa evolução, hoje é possível realizar modificações em quase todas as partes do corpo. Os anos de pesquisas, avanços tecnológicos resultam em inúmeras técnicas para diversos procedimentos, proporcionando aos pacientes cirurgias mais seguras. Contudo, vale ressaltar a importância da escolha do médico especialista, para desenvolver os avanços técnicos a sua experiência e excelência como cirurgião.

3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Primeiramente, é de extrema importância distinguir as duas modalidades, visto que ambas são parecidíssima e possivelmente causaria certa dúvida ao leitor.

A cirurgia plástica estética vem como instrumento de transformação do corpo e da sua representação mental. O ato cirúrgico tem o efeito de solucionar e trazer alívio para um psiquismo inconformado.

O homem é um conjunto de mecanismo, onde o corpo, pensamento, sentimentos e comportamentos atuam juntos criando formas de manter a harmonia desse conjunto, mesmo que para isso haja um pouco de sacrifício, de dor e dedicação.

3.1 Cirurgia plástica estética x reparadora

Denomina-se cirurgia plástica estética o método voltado para a melhoria de condições que de alguma forma traz incomodo, desconforto ao paciente. Retêm a intenção de melhora da aparência, autoestima, e sobretudo, qualidade de vida. Vale ressaltar que, para o paciente efetuar o método estético, ele precisará estar com a saúde em perfeito estado e seguir os protocolos impostos pelo profissional da área.

A cirurgia reparadora, tem como objetivo, correção de alterações anatômicas decorrentes de síndromes congênitas, queimaduras, cicatrizes de acidentes, reparação de defeitos oriundos. É caracterizada como responsabilidade de meio, e não de resultado, como a estética, pois o objetivo primordial da intervenção cirúrgica é de correção, deixada por algum trauma, como acidentes.

Logo, ao tratar-se de meio estético reparador, o que se pode exigir do médico é que faça o possível para obter uma melhoria ao paciente, pois o mesmo, não passou pelas intervenções por questões estéticas, e sim, buscando reparação ou melhora para determinado defeito congênito ou advindo de traumas.

Em se tratando do modelo puramente estético, a obrigação contraída pelo médico cirurgião é de resultado. Nesse caso, o paciente não padece de qualquer deficiência física, mas busca pela melhoria do que se já é saudável, devido a traumas psicológicos, busca por padrões de beleza.

A expectativa da pessoa que se submete a tal procedimento, é que o médico corrija aspectos físicos que causam desconforto em sua aparência. Mas, não é garantido que a cirurgia plástica estética vai, de fato, suprir essa expectativa embelezadora criada pelo paciente.

3.2 Considerações importantes antes de escolher o método cirúrgico

Primeiramente, é de suma importância ressaltar que a decisão pela cirurgia plástica é pessoal. A vontade advém do próprio paciente. Durante a consulta, é de responsabilidade do médico, deixar o cliente ciente a respeito dos riscos aceitáveis e se a cirurgia alcançará sua meta.

Cabe ao cirurgião especificar, em detalhes, todos os riscos associados à cirurgia, inclusive, se será necessário outro procedimento para alcançar o resultado esperado pelo paciente. Complicações e intercorrências são comuns a qualquer procedimento cirúrgico, por isso, será necessária autorização por escrito do paciente, através do Termo de Consentimento Informado e Esclarecido para informar e assegurar o correto entendimento cirúrgico que será submetido, assumindo os riscos que irá correr.

Estar com a autoestima elevada, se sentir bem consigo mesmo é sem dúvida o maior motivador de realizar procedimentos estéticos. Para que tudo venha a ocorrer de maneira adequada, é muito importante analisar a conduta do médico especialista, o paciente deveria se sentir confortável com seu médico-cirurgião.

3.3 Cuidados no pré-operatório

Antes de se realizar a cirurgia é necessário investigação médica completa, para analisar o estado do paciente se está apto ao procedimento. É necessário histórico médico com levantamento de doenças crônicas, alergias a medicações, hábito de vida, consumo de tabagismo, como outros.

Além disso, existem recomendações importantes como, suspender certas medicações que poderiam aumentar risco de sangramentos ou complicações, suspender o tabagismo e também anticoncepcionais de uso oral, estar no peso recomendável, estar de acordo com os procedimentos a ser realizado.

3.4 Cuidados no pós-operatório

É preciso seguir todos os métodos passados pelo médico para o pós-operatório, isso é fundamental para o sucesso da cirurgia. O resultado também é de responsabilidade do paciente, visto que, é uma via de mão dupla, se cada um fizer o que é de dever, a possibilidade de um resultado bem-sucedido é grande.

Vale ressaltar se há presença de negligência do profissional, em casos que deveria manter repouso, internação, e o mesmo dar alta ao paciente para que siga uma vida normalmente, prejudicando o resultado do procedimento estético.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

O item acima versa sobre responsabilidade civil, para então, chegarmos a problemática deste artigo, que é a responsabilidade civil do médico em caso de insatisfação do paciente.

Com sua sabedoria, a professora Maria Helena Diniz orienta que a responsabilidade civil se restringe a reparação do dano causado a outrem, desfazendo, o que de fato, houve insatisfação e restituindo o prejudicado ao estado anterior.

A ideia de responsabilidade civil está ligada à ideia punitiva, restituição ou compensação. Segundo TARTUCE (2011, p.393) "A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida".

A obrigação nasce sob diversas formas, e deverá ser cumprida de forma espontânea, respeitando o que se foi acordado. Quando não cumprida, surge o inadimplemento, surgindo a responsabilidade. Responsabilidade é a consequência do descumprimento de uma responsabilidade da relação obrigacional entre as partes.

No mesmo sentido, ensina VENOSA (2013, p 1) que:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil

abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Por fim, com todos os ensinamentos doutrinários mencionados, temos que a responsabilidade civil tem como fundamento a intenção de indenizar quem foi lesado.

De acordo com o art. 186 do Código Civil, podemos levar em consideração a presença de alguns elementos: nexos de causalidade, conduta omissiva ou comissiva e por fim, dano sofrido pela vítima.

A noção de culpa surge como conceito insuficiente para caracterizar subjunção legal. A culpa, portanto, não é considerada elemento básico ou pressuposto legal de responsabilidade civil, sendo a culpa de caráter de responsabilidade subjetiva, sendo comprovada por nexos causais.

5. ENTENDIMENTOS JURÍDICOS

Embora não seja elemento essencial, é importante analisarmos esse instituto para melhor compreensão do leitor. Nesse caso, a culpa tem sentido *latu sensu*, sendo mais compreensivo nas relações sociais e casos concretos.

Alguns autores acreditam na concepção de culpabilidade, considerando elemento subjetivo, onde diz que a gente poderia prever e evitar o dano, se fosse da sua vontade. A culpa é brilhantemente entendida como a falta de observação do agente, sendo um dever, ao qual deveria ter o conhecimento. Segundo o art. 927, do Código Civil que diz: "Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Portanto, conforme a leitura do artigo acima mencionado, conseguimos perceber alguns pressupostos de responsabilidade civil, sendo eles, nexos causais, dano injusto e a comprovação do dolo ou culpa do agente.

O ato ilícito, de acordo com a legislação, é dividido em objetivo e subjetivo. O ato ilícito subjetivo descrito no art. 186, do Código Civil, está relacionado ao estado de consciência, enquanto ato ilícito objetivo citado no art. 187 do mesmo dispositivo, tem a ver com a conduta e o abuso de direito do agente.

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos

pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Dano material, conforme dita o art. 944 do Código Civil " A indenização medita-se pela extensão do dano.", portanto, terá que se comprovar o tamanho do dano e se há a possibilidade de indenização do autor.

Entende-se que, o nexo de causalidade é considerado como conexão entre o ato ilícito e o dano causado. Tal pressuposto traz na doutrina civil a teoria de antecedentes causais, causalidade direta e imediata. Sendo a teoria adotada pelo Código Civil, causalidade direta e imediata, por meio do art. 403, onde diz que apenas haverá nexo de causalidade em situações que ensejarem o dano de forma direta e imediata, ou seja, caso específicos.

Logo, restou claro que para obter a indenização será necessário analisarmos todos as modalidades mencionadas acima juntamente com a legislação brasileira, pois não basta haver a insatisfação do paciente, o mesmo, terá que provar por meios legais a conduta ilícita ou negligente do profissional.

6. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Muito se tem debatido a respeito do tema abordado. Há correntes doutrinárias que entendem que a obrigação realizada pelo cirurgião, é de meio, já a corrente predominante, entende ser essa obrigação, de resultado, acompanhando o posicionamento jurisprudencial, que inclusive, permite a cumulação pelo dano moral e estético.

Na cirurgia plástica em geral, os profissionais buscam melhoria obtida em relação à situação inicial e não em relação a um eventual padrão ideal de beleza. São conceitos claros se considerarmos a cirurgia plástica, dita "reparadora", relacionada às deformidades congênitas ou adquiridas, em geral desvios do "normal".

Com isso, é de suma importância analisar todos os lados, verificar o que é de entendimento jurídico, para não acarretar enganos, causado pela má interpretação da norma em relação a conduta médica.

Nesse sentido, diante o dispositivo acima, destaca-se o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) em relação a matéria, transcreve-se as seguintes ementas do Tribunal, Resp. 1180815/MG e Resp. 985888/SP:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART 14 DO CDC. PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. Os procedimentos

cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em " termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

No julgamento, o STJ não deu provimento ao recurso em favor dos recorrentes, ou seja, se houver o dano, a imprudência por meio de atitude ativa utilizada por falta de cautela, o médico-cirurgião deverá prestar esclarecimento ao judiciário. Muitas são as formas de imprudência, como o cirurgião que se encarrega de anestésiar o paciente sem a presença do anestesista causando sua morte por parada cardíaca, ou quando o profissional realiza em trinta minutos a cirurgia que duraria em média uma hora, são esses alguns exemplos de acontecimentos que vem movimentando o judiciário com ações. Muitos julgados do STF vêm punindo não só o cirurgião-plástico pelo erro, mas também, reconhecendo a presença do dano estético e moral na mesma demanda, principalmente na presença de danos graves, pois acreditam que atinge também os bens jurídicos diversos.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se nesse estudo, que a responsabilidade civil do médico é de resultado, onde ao se tratar de pura insatisfação do paciente quanto ao resultado por ele esperado, não enseja a responsabilidade objetiva do médico, desde que ele demonstre que agiu conforme a lei e de maneira cautelosa de acordo com as técnicas possíveis.

A autoestima se refere à avaliação que o sujeito faz de si mesmo (em termos de gostar de si ou sentir-se satisfeito consigo), enquanto o autoconceito é uma ideia de autodescrição mais ampla, que inclui aspectos comportamentais, cognitivos e afetivos referentes a si mesmo (TEIXEIRA; GIACOMANI, 2002).

O sentimento de pertencimento ao padrão social é tão almejado que, muitas vezes, quando não atingido, é motivo de aflição e melancolia. O ideal e o real acabam sendo tão distanciados que o indivíduo se extravia na sua própria imagem, o que ocasiona prejuízos emocionais, comportamentais, cognitivos e produtivos. Entretanto, ter a possibilidade concreta de aproximar o desejo da realidade é um dos motivos que inspira e movimentam o mercado da cirurgia plástica estética.

A eficiência do tratamento proposto deve ser avaliada, de acordo os princípios científicos da medicina, com base em evidências. Os resultados adquiridos com o emprego das técnicas cirúrgicas são levados a análise de critérios conhecidos. Por exemplo, em casos de ausência de uma orelha, a outra, "normal", é o parâmetro que representa a forma que pretendem atingir, embora raramente consigam. Quando há diferentes procedimentos cirúrgicos, a eficiência deles e índices de sucesso devem ser comparados.

Não é viável a exigência feita ao médico quanto à garantia de resultado específico de um procedimento que não dependerá puramente de sua atuação profissional, existe vários outros meios que podem influenciar o resultado, como por exemplo, se o paciente descumpra algum cuidado do pós-operatório.

Considerando que a cirurgia estética é um meio invasivo para o corpo humano, e cada pessoa possui suas particularidades, não podemos exigir do médico, que agiu de forma profissional e legal, que sofra meios judiciais por conta da insatisfação do cliente, mesmo em cirurgia de resultado.

As portas do judiciário vêm recebendo cada vez mais processos judiciais acerca do tema abordado no presente artigo, as pessoas estão cada vez mais preocupada com a beleza exterior, e claro que alcançar esse sonho é indispensável.

Logo, se for comprovado que o resultado não foi o desejado pelo paciente, por dolo exclusivo dele, o profissional também não fica responsável por arcar com qualquer indenização. Em caso de eventos inesperados, como, algum acidente do cliente, o profissional não será responsabilizado.

Por fim, o médico tem o dever de tentar alcançar o resultado, mas é notório que existem vários casos a ser analisado. Em casos em que o profissional está isento de culpa, ele não terá o dever de indenizar o paciente. Ficou claro que existe o fato ocasional e qualquer cirurgia possui seus riscos, mas, se o profissional e seus paciente cumprirem com suas obrigações, a chance de se chegar ao resultado desejado é grande.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Ética Médica. Resolução nº 1.931 de 2009.** Disponível em www.portal.cfm.org.br. Acesso em: 10 de junho de 2021.

EULÁLIO, Claudio. **cirurgia plástica.** Disponível em: <https://claudioeulalio.com.br/blog/tudo-sobre-cirurgia-plastica/>. Acesso em: 15 de junho de 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: responsabilidade civil.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IDP BOG, **responsabilidade civil o que é e quais os tipos.** Disponível em: <https://direito.idp.edu.br/blog/direito-civil/responsabilidade-civil/>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. **O dano estético. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. Atual e ampl, 1999, p. 126-127.

MIGALHAS, **o que é responsabilidade civil.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341887/o-que-e-responsabilidade-civil>. Acesso em: 14 de setembro de 2021.

PLANALTO, **Constituição da República Federativo do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesos em: 12 de setembro de 2021.

PLANALTO, **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei da Responsabilidade Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acesso em: 12 de setembro de 2021.

PLANALTO, **Lei nº 8. 078. De 11. de setembro de 1990. Código do Consumidor.**

PLANALTO. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Disponível em: 10 de junho de 2021.

TARTUCE, **responsabilidade civil extracontratual.** Disponível em: <https://conteudospge.com/protected/Direito-Civil/responsabilidade-civil-extracontratual.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2021.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SUAS FORMAS DE RECONHECIMENTO: UMA ANÁLISE DO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ

HAECKEL RODRIGO BULCÃO DA SILVA:

Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia

RESUMO: O presente artigo se dispõe a analisar as formas de reconhecimento de paternidade socioafetiva estabelecidas pelo Provimento nº 63/2017 do CNJ. Analisa, ainda, os argumentos estabelecidos pelo CNJ como fundamentos para a edição do referido ato normativo.

PALAVRAS-CHAVE: reconhecimento; paternidade; socioafetiva.

ABSTRACT: This article aims to analyze the forms of recognition of socio-affective paternity established by Provision No. 63/2017 of the CNJ. It also analyzes the arguments established by the CNJ as grounds for issuing the aforementioned normative act.

KEYWORDS: recognition; paternity; socio-affective.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 14 de agosto de 2019, editou e publicou o Provimento nº 83/2019, instrumento que trouxe marcante facilitação no reconhecimento da paternidade socioafetiva no Brasil.

Com efeito, o referido ato normativo alterou o Provimento nº 63/2017 do CNJ, tendo modificado o *caput* do artigo 10 e acrescentado outros dispositivos que versam a respeito desta temática.

Neste sentido, representa um verdadeiro avanço no reconhecimento de outra forma de filiação, já presente na realidade fática das relações familiares brasileiras, dando suporte institucional e normativo às pessoas que vivenciam estas realidades.

Tal ferramenta funciona, pois, como um efetivo mecanismo de garantia e de efetividade da dignidade da pessoa humana, que abarca, por óbvio, os aspectos relacionados às dinâmicas familiares e todas as formas de paternidade, numa compreensão abrangente de família.

Salienta-se que a paternidade socioafetiva, antes da edição do supramencionado Provimento nº 83/2019, já vinha sendo objeto de ações judiciais com a finalidade do seu reconhecimento, não sendo fruto apenas de uma iniciativa isolada do Conselho Nacional de Justiça, como órgão do Poder Judiciário Brasileiro.

É importante frisar, ainda, que a socioafetividade e as suas consequências encontram relevante amparo na doutrina brasileira, como uma decorrência dos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o Código Civil brasileiro prevê a possibilidade de o parentesco ser resultante de outra origem que não a consanguinidade.

É importante pontuar também que a Constituição Federal de 1988 reconhece os mesmos direitos e as mesmas qualificações aos filhos, independentemente da forma da paternidade/maternidade, havidos ou não da relação matrimonial ou por adoção, sendo vedada qualquer designação discriminatória em relação à filiação.

Nota-se, então, que o provimento nº 63/2017 do CNJ confere segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva já estabelecida no mundo dos fatos, inclusive no que tange aos aspectos patrimoniais e sucessórios.

1. FORMAS DE RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O artigo 10, *caput*, do Provimento nº 63/2017 do CNJ, com redação dada pelo Provimento nº 83/2019, estabelece expressamente que o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Da leitura do referido dispositivo, depreende-se que, em caso de adolescentes e adultos, a paternidade ou a maternidade socioafetiva pode ser reconhecida em âmbito administrativo, pela via do ofício de registro civil das pessoas naturais.

Tal compreensão decorre da necessária relação entre o disposto no Provimento e o disposto no artigo 2º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza que são adolescentes aqueles que possuem entre doze e dezoito anos de idade.

A *contrario sensu*, não se pode reconhecer a paternidade ou a maternidade socioafetiva de crianças pela via administrativa, devendo ser eleita a via judicial para esta finalidade, havendo vedação normativa neste sentido.

O parágrafo primeiro do artigo 10 prevê a irrevogabilidade do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, somente podendo haver desconstituição pela via judicial, nos casos de vício de vontade, fraude ou simulação.

É, pois, uma forma de evitar manipulação do reconhecimento de vínculos de filiação de forma indevida, que pode trazer prejuízos à segurança jurídica, ao patrimônio público e a terceiros, de modo geral.

Já o parágrafo segundo veda o reconhecimento de paternidade ou maternidade por pessoa menor de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil, em consonância com o disposto no artigo 40 do ECA, no que tange à adoção.

No parágrafo seguinte, consta a vedação de reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva entre irmãos entre si e por ascendentes, na linha da vedação à adoção por tais pessoas, constante do artigo 42, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que já vem sofrendo interpretações menos literais no âmbito judicial.

O parágrafo quarto estabelece a obrigatoriedade de o pretense pai ou mãe ser ao menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido, em conformidade com o disposto no artigo 42, parágrafo 3º, do ECA, no que concerne à adoção.

O artigo 10-A, *caput*, prevê dois elementos fundamentais para o reconhecimento da filiação socioafetiva: a estabilidade do vínculo afetivo e a exteriorização social de tal relação.

Tais elementos, se reunidos, indicam a existência de paternidade ou maternidade socioafetiva e caracterizam-se por formar o que a doutrina e a jurisprudência reconhecem como posse do estado de filho.

É importante ressaltar que o parágrafo 1º do referido artigo aponta que o registrador, no caso concreto, em âmbito administrativo, deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva, verificando os elementos concretos.

Neste contexto, todos os meios de prova em direito admitidos poderão ser utilizados para comprovar a socioafetividade, a exemplo de documentos; apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência social; registro oficial de que residem na

mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável- com o ascendente biológico; inscrição como dependentes do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida; etc.

Estas formas de comprovação estão expressamente mencionadas no parágrafo 2º do artigo 10-A do Provimento nº 63/2017 do CNJ, sendo, por óbvio, um rol meramente exemplificativo de meios de comprovação da socioafetividade.

A evidência de que este rol não é exaustivo é a previsão, no parágrafo seguinte, no sentido de que a ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade e que o registrador ateste como apurou o vínculo socioafetivo.

Outrossim, dispõe o parágrafo 4º que os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias), juntamente com o requerimento.

Um importante avanço trazido no artigo 11, *caput*, do Provimento nº 63/2017, é a possibilidade de o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva ser processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado qualquer menção à origem da filiação.

Trata-se, pois, de fundamental garantia da igualdade dos vínculos de filiação, vedando qualquer designação discriminatória à filiação socioafetiva.

O parágrafo 4º do artigo 11 dispõe que, se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento.

Já o parágrafo 8º estabelece que o reconhecimento pode ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites estabelecidos no Provimento nº 63/2017.

O artigo 12 preconiza que, em caso de o oficial registrador suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração da posse do estado de filho, fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente.

Por sua vez, o artigo 13 prevê que a discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida no Provimento nº 63/2017.

Neste contexto, o parágrafo único do artigo 13 prevê a obrigatoriedade de o requerente declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecido, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

O artigo 14, *caput*, dispõe que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro e mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento.

No parágrafo 1º consta a disposição de que somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado materno ou materno, pois a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial, conforme parágrafo 2º.

Há, ainda, a previsão de que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

2. FUNDAMENTOS PARA A EDIÇÃO DO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao editar o Provimento nº 63/2017, por intermédio do Corregedor Nacional de Justiça, utilizou-se de suas atribuições legais e constitucionais, levando em consideração o poder fiscalizatório e normativo do Poder Judiciário quanto aos atos praticados por seus órgãos, nos termos do artigo 103-B, §4º, I, II e III, da Constituição Federal.

Levou em consideração, ainda, a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e registrais, nos moldes dos artigos 103-B, §4º, I e III; e 236, §1º, da Constituição Federal.

Todavia, no que concerne especificamente à paternidade ou maternidade socioafetiva, os fundamentos utilizados pelo CNJ abrangem aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos.

Com efeito, quando da edição do referido Provimento, já existiam normas regulamentadoras dos procedimentos de reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais editadas pelas Corregedorias-Gerais de Justiça de Estados.

Tal contexto decorre, inexoravelmente, da existência de ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial deste instituto, de modo a contemplar os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, como vetores axiológicos das relações familiares.

A título de exemplo da aceitação jurisprudencial da paternidade ou maternidade socioafetiva, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, reconheceu que o mero fato de existir paternidade socioafetiva no caso concreto, declarada ou não em âmbito registral, não obsta o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante fundamentado nos laços biológicos, com os efeitos jurídicos próprios.

Neste contexto, também é reconhecida em âmbito jurisprudencial e doutrinário a paternidade ou a maternidade socioafetiva em famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, com supedâneo no entendimento do STF na ADPF nº 132/RJ e na ADI nº 4.277/DF.

É importante frisar, ainda, que o CNJ considerou o princípio da igualdade jurídica e de filiação, como instrumento de isonomia em sua dimensão substancial, de modo a impedir ilegítimas distinções baseadas em elementos discriminatórios.

Estes princípios, de fundamental relevância para uma nova compreensão das relações familiares e de suas novas modalidades, encontram previsão constitucional nos artigos 5º, caput; e 227, §6º, respectivamente.

Nesta senda, é absolutamente vedada qualquer distinção ilegítima entre filhos, independentemente da forma de filiação, se havidos ou não da relação matrimonial, ou por adoção, se decorrente de laços consanguíneos ou socioafetivos.

O ordenamento jurídico brasileiro, como se vê, cria barreiras intransponíveis para discriminações no âmbito familiar, de modo a tutelar, em todas as dimensões, a igualdade das filiações, sendo vedadas, inclusive, as designações discriminatórias.

Do mesmo modo, acompanhando o mandado constitucional de não discriminação no âmbito da filiação, o Código Civil, no seu artigo 1596, preconiza que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na compreensão de filiação, nos termos supramencionadas, por óbvio, está englobada a filiação socioafetiva, uma vez que o espectro protetivo da Constitucional e do Código Civil abrange todas as concepções de maternidade ou paternidade,

Como se vê, há uma rede protetiva de normas, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que garantem a nova compreensão das relações familiares.

A antiga noção de família, baseada nos laços consanguíneos e nos aspectos matrimoniais, transformou-se em uma compreensão de família eudemonista, tendo como fundamento maior os laços afetivos e a busca da felicidade em todas as suas dimensões.

E, atento à nova realidade, neste sentido caminhou o Conselho Nacional de Justiça ao editar o Provimento nº 63/2017, com posterior redação dada pelo Provimento nº 83/2019.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

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

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

A REPARAÇÃO CIVIL QUANDO O AGENTE ATUA EM ESTADO DE NECESSIDADE E ATINGE BEM DE TERCEIRO

MATHEUS EURICO BORGES CARNEIRO:

Graduação em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione - FACDO (2018), Pós Graduação em Direito Constitucional (2020) e Penal e Processual Penal (2020) pela Faculdade Única de Ipatinga - GM.

RESUMO: O estado de necessidade é uma das excludentes de ilicitude tanto no âmbito cível quanto penal. Mantém-se a responsabilidade civil do agente e a reparação do dano, quando atingido bem de terceiro não responsável pelo perigo causado. Assim, agindo licitamente, o agente é responsabilizado ao pagamento indenizatório por motivo que inicialmente não deu causa, o que pode parecer contraditório, mas é a realidade expressa na normativa civil. O art. 930 do Código Civil ressalta o direito regressivo deste agente contra o verdadeiro causador do perigo, o que às vezes pode ser desproporcional, causando prejuízos para aquele que foi além do que exige a lei, pois praticou ato heroico para proteger um bem jurídico de maior valor que aquele atingido. Tal norma é contrária aos princípios da dignidade da pessoa humana, da eticidade, da socialidade e da operabilidade que norteiam o código; o que nos levou à elaboração do presente estudo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado de necessidade. Bem jurídico de terceiro atingido. Direito de regresso. Desproporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho será voltado ao estudo da responsabilidade civil quando o agente age em estado de necessidade de terceiro. Teremos como foco os artigos 188, 929, 930 do Código Civil Brasileiro, que trazem a licitude do estado de necessidade e da obrigação de indenizar nestes casos. Há contradição quando o agente que atua em estado de necessidade e, mesmo em prática de ato lícito, tem o dever de indenizar, sendo que há um terceiro causador da situação de risco com condições de fazê-lo? E se este terceiro tiver boa condição financeira, à medida que a pessoa executora do ato de estado de necessidade seja insolvente? Caberá a esta, ainda, a obrigação de indenizar, mesmo se atuando de forma lícita? São peculiaridades específicas desta situação jurídica, que delinearemos a seguir.

Buscaremos demonstrar como o modelo de indenização previsto nos moldes do supracitado Código é contrário aos valores que norteiam o sistema jurídico atual. Refletiremos o quanto a forma de ressarcimento, constante nos referidos artigos, vai à contramão daquilo que estabelece a Constituição da República, notadamente em face do

princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, pois às vezes prefere proteger bens jurídicos inferiores quando em confronto com bens jurídicos de maior valor.

Para esse desiderato, nos valem de fundamentações teóricas abordadas pelos principais civilistas e penalistas, clássicos e atuais, tendo em vista o caráter civil da indenização e a natureza predominantemente penal do estado de necessidade, além do entendimento atual dos tribunais superiores e exemplos a respeito do tema. Destacaremos, assim, abordagens atuais e históricas a respeito dessa curiosa situação e dos debates que circundam essas disposições, iniciados antes mesmo da elaboração do Código Civil de 2002.

2. DA ANÁLISE PRÉVIA DO DISPOSITIVO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Tratando do estado de necessidade, dispõe o art. 188 do Código Civil c/c o seu inciso II que não caracteriza ato ilícito a deterioração ou mesmo a destruição de coisa alheia e nem a lesão a pessoa, quando tais ações são praticadas com o fim de remover perigo iminente.

De outra forma, os arts. 929 e 930 do mesmo Código tratam da Responsabilidade Civil. O primeiro informa que a pessoa que fora atingida (lesionada), ou aquele que é dono da coisa (destruída ou deteriorada), quando não forem os responsáveis pelo perigo que causou a atuação do agente, terão direito à indenização pelo prejuízo sofrido. Já o segundo dispositivo informa que, se o perigo tiver ocorrido por culpa de terceiro (que não o lesado ou dono da coisa), caberá ao autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

A incongruência que se evidencia diz respeito, notadamente, ao art. 930, pois este atribui ao responsável pela conduta lícita o ressarcimento inicial, cabendo somente a ação regressiva posterior em face daquele que causou o perigo.

Assim, a disposição atua de forma contrária aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que, às vezes, entre o direito à vida e o direito ao patrimônio, faz prevalecer este sobre aquele, tornando-se um verdadeiro “absurdo jurídico”, nas palavras de Flávio Tartuce (2017).

Além disso, verificam-se violados os princípios norteadores do novo Código Civil (eticidade, operabilidade e socialidade), notadamente a ética e a operabilidade. Na prática o dispositivo somente posterga e atrasa a atuação judiciária, pois ao invés de caber o ressarcimento direto pelo gerador da situação perigosa àquele que sofreu ruína em virtude

do ato lícito, cabe ao agente que atua de forma legítima o ressarcimento inicial e, somente depois, a ação regressiva.

Sabe-se que o estudo do estado de necessidade dá-se de forma sistematizada e interdisciplinar, abrangendo diversas matérias, das quais se destacam o direito penal e processual penal. Já a reparação civil destaca-se pela sua índole constitucional, com previsão basilar no inciso X do art. 5º da CF, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando ainda o direito à indenização em havendo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Verificada a indiscutível característica constitucional da reparação civil, insta ressaltar sua normatividade, que se dá de maneira infraconstitucional nas normas civis, a partir do art. 927 do CC. Em razão do arcabouço da Constituição, podemos atualmente destacar um modelo de Direito Civil Constitucional. A moderna doutrina tem rechaçado a ideia de direito público e privado, buscando trazer o caráter indivisível do direito, com uma visão unitária do ordenamento jurídico, conforme orienta Gustavo Tepedino (2005, t. II), ensinamento muito bem explanado na teoria do diálogo das fontes, percorrida no Brasil inicialmente por Claudia Lima Marques (2012).

Quase sempre, para a efetivação do direito, torna-se necessária a utilização de instrumentos aplicados em outras áreas, como a medicina, a contabilidade, a engenharia, a psicologia, dentre tantas outras matérias. Esses ensinamentos são valiosos diante das diversas situações que o convívio nas relações sociais traz, principalmente nos dias atuais, diante das novas tecnologias, atualizações, comunicabilidade, globalização e outros fatores contemporâneos que facilitaram a aquisição de informações. Assim, se fez importante ao presente estudo a análise legal, jurisprudencial, prática e doutrinária do estado de necessidade e do seu ressarcimento.

3. DO ESTADO DE NECESSIDADE

Devido à sua interdisciplinaridade normativa, podemos dizer que no ordenamento jurídico brasileiro o estado de necessidade, diferente do que muitos imaginam, não tem previsão apenas no âmbito penal, mas também no âmbito cível, portando natureza jurídica distinta em cada uma dessas disciplinas.

No âmbito civil, trata-se de uma das excludentes do dever de indenizar, e seu fundamento está no art. 188, II do CC, que dispõe não representar ato ilícito quando há destruição ou deterioração de coisa alheia, ou lesão a pessoa, caso o fim visado seja remover perigo iminente.

Já no âmbito penal, trata-se de uma das excludentes de ilicitude, e tem previsão no art. 24 do diploma repressivo, que considera agir em estado de necessidade todo aquele

que comete fato para socorrer de perigo atual, do qual não tenha provocado por vontade própria e, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, em que o sacrifício, no contexto em que estava, não era plausível exigir-se.

O referido diploma normativo prevê ainda que não pode arguir estado de necessidade a pessoa que tenha o dever legal de enfrentar a situação de risco, como é o caso do salva-vidas de algum clube que visualiza alguém se afogando em uma piscina ou mesmo o contexto de um bombeiro que verifica o incêndio em determinada construção com pessoas no seu interior.

Além disso, o §2º dispõe sobre a causa de diminuição de pena na hipótese em que o agente, mesmo atuando sob o manto da excludente, sacrifica bem jurídico de maior valor que aquele que seria atingido, agindo de forma desproporcional. Neste caso, é mantida a tipicidade, cabendo apenas a diminuição da pena, a depender do cenário do caso concreto.

Diante disso, podemos expor que o estado de necessidade nada mais é que uma autorização do sistema jurídico nos eventos em que, havendo enfrentamento de dois bens jurídicos, possibilita-se o sacrifício de um em detrimento do outro, sendo este, de menor ou igual valor.

No tocante à sua natureza jurídica, apesar de tratado patentemente como excludente de ilicitude na norma penal e ato lícito (excludente de indenização) na norma civil, a doutrina diverge sobre o tema. Entende Nélson Hungria (1949) que a mesma se trata de uma faculdade do agente que, diante da contenda de bens ou interesses, dispõe deste instituto para atuar. Noutro prisma, Aníbal Bruno (1967) visualiza a natureza jurídica do instituto como um direito a ser exercido pelo agente frente ao estado. Por fim, Cleber Masson (2017) ressalta que, apesar da atuação facultativa do agente durante a colisão de bens e do direito em face do Estado (que deve reconhecê-lo com os efeitos prescritos em lei), consiste o estado de necessidade um direito subjetivo do réu e que, presentes os requisitos, deve ser reconhecido pelo juiz de forma vinculada.

A distinção entre estado de necessidade e legítima defesa decorre do fato de que nesta o perigo provém, sempre, de uma atividade do homem e a reação ao perigo é voltada ao autor da ação. Já o estado de necessidade é derivado de fatos da natureza, de seres irracionais, objetos, dentre outros; mas pode também ser oriundo da atividade humana. Além disso, a reação deste pode se direcionar tanto ao bem jurídico de titularidade do causador do perigo (estado de perigo defensivo) quanto a bem jurídico de terceiro (estado de perigo agressivo).

Voltadas precipuamente ao estudo da natureza jurídica do estado de necessidade no campo penal, na doutrina sobressaem duas teorias, a unitária e a diferenciadora. A

teoria unitária aborda o fato que este instituto jurídico é causa de exclusão de ilicitude, contanto que o bem jurídico abatido seja de igual ou menor valor que o bem jurídico a ser preservado. Todavia, caso o bem jurídico afetado seja de maior valor que o bem jurídico a ser preservado, caberá somente a redução da pena, mantendo-se o crime.

Por outro lado, tem-se a teoria diferenciadora. De nascimento alemão, esta discrimina o estado de necessidade justificante do estado de necessidade exculpante. Aquele ocorre quando o bem jurídico atingido é de porte igual ou inferior em referência ao bem jurídico a ser mantido, caracterizando-se em excludente de ilicitude. Já este acontece quando o bem jurídico repelido é de maior valor que o bem jurídico a ser resguardado. Neste caso, configurar-se-ia uma excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, o que a distingue da teoria unitária.

Vale ressaltar que o CP adotou a teoria unitária, harmonizável com o conceito de estado de necessidade justificante, reivindicando uma conduta proporcional e razoável do agente mesmo em situação de defesa, podendo o excesso ser punido, conforme prevê o parágrafo único do art. 23 do referido diploma. Complementando tal teoria, há o § 2º do Art. 24 do CP, dispondo que embora seja ponderável exigir-se o sacrifício do direito que está em ameaça, a pena poderá sofrer redução na ordem de um a dois terços.

Este preceito ressalta a ideia de que, havendo sacrifício de bem jurídico com valor superior daquele a ser preservado, autoriza-se a diminuição da pena de um a dois terços, conservando-se o crime.

A depender do método utilizado, o estado de necessidade pode ser classificado em justificante (quando o bem jurídico renunciado é de medida semelhante ou inferior ao bem jurídico resguardado) ou exculpante (na ocasião em que o bem jurídico renunciado é de valor excedente ao bem jurídico resguardado). No primeiro cenário, há exclusão de ilicitude, já no segundo caso, poderá haver a exclusão da culpabilidade, a depender do caso concreto, tendo em vista a análise da inexigibilidade de conduta diversa no caso real.

Quanto à origem da situação do perigo, a doutrina classifica o estado de necessidade em agressivo (o agente pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente) e defensivo (pratica o fato necessitado contra bem jurídico do próprio causador do perigo).

Aqui, nos interessa o estudo do estado de necessidade agressivo, notadamente no que remete à obrigação indenizatória constante no art. 932 do Código Civil, que não exige dolo ou culpa do agente, respondendo ele objetivamente pelo dano causando, mesmo não sendo a sua conduta ilícita. Trata-se de duvidosa causa de responsabilidade objetiva, questionável principalmente quando se leva em conta a feição meritória da atitude daquele que atuou sob o manto desta excludente.

Tendo como base o art. 24 do CP, podemos verificar certos requisitos para que esteja configurada a hipótese de estado de necessidade.

Primeiramente, a situação de necessidade deve decorrer de perigo atual. O perigo atual, conforme destaca a doutrina de Massom (2017), é aquele efetivo ou real, que deve ser demonstrado no caso concreto. Diferente da legítima defesa, a lei não esclarece a respeito da possibilidade de perigo iminente (aquele que está prestes a iniciar) no estado de necessidade, de forma que parcela da doutrina concebe ser a ele também aplicável o instituto – entendimento ao qual nos filiamos; e outra parcela entende que não se aplica, pois ausente a previsão legal.

Além disso, o perigo não deve ter sido promovido opcionalmente pelo agente e este deve ter inexistência do dever jurídico de enfrentar o perigo. Neste caso, em havendo dever legal de encarar o perigo, não pode o sujeito valer-se de modo mais gravoso do que o razoável para sua atuação. Um bombeiro, por exemplo, não pode destruir totalmente o prédio vizinho para salvar pessoa que se encontra no outro prédio em chamas se for possível fazê-lo de fora menos gravosa, ainda que um pouco mais arriscada à sua pessoa. Por outro lado, não é razoável exigir-se que o bombeiro entre em um prédio que está em chamas e claramente destruído, prestes a desabar. Por isso a análise de tal dispositivo merece ponderações.

Por fim, no diagnóstico da circunstância de necessidade, pode o direito a ser resguardado pertencer à própria pessoa ou a terceiro, independentemente de ser este parente, amigo ou inimigo daquele que atua. Esta liberdade de atuação que se dá mesmo para situações em que desconhecido o beneficiado do ato ressalta a índole valentia do agente que atua sob o manto do presente instituto, notadamente pelo fato de que muitas vezes age em defesa do direito de pessoa que sequer conhece, ao simplesmente visualizar a natureza jurídica grandiosa do bem a ser protegido (vida, saúde, segurança etc.).

Em segunda análise, parte-se ao estudo do fato necessitado, que é a conduta praticada para lesionar o bem jurídico de igual ou menor valor (estado de necessidade justificante) ou de maior valor (estado de necessidade exculpante). Para isso, é necessário que não seja possível evitar o perigo existente por outro modo de ação, sendo o episódio necessitado a *ultima ratio*. Como exemplo, não justifica o agente matar um cachorro quando é atacado sendo que pode simplesmente fechar a porta da sua casa ao perceber a vinda do animal. Nesse passo, deve haver razoabilidade na atuação do agente, que será verificada no caso concreto.

É difícil a análise diante de casos reais em que o agente tem a opção de agir ou não em estado de necessidade de terceiro e, em uma atitude louvável, opta por praticar a conduta visando salvaguardar o bem jurídico do terceiro, mesmo sem saber das

consequências que poderão ocorrer como, por exemplo, quando o sujeito esbarra seu veículo na vitrine de uma loja para desviar-se de uma criança inocente que atravessava a rua. Perceba que o responsável legal pela criança teve a possibilidade de prever a ocorrência da situação de perigo, e ainda assim agiu culposamente, seja sendo imprudente ou negligenciando a locomoção da mesma. Já para aquele que atua em estado de necessidade, por diversas vezes, não há sequer prazo para pensar: é simplesmente fazer ou não fazer, e aguardar os efeitos da sua conduta.

O legislador ao invés de enaltecer o ato praticado quando o sujeito resguarda o bem de maior valor (vida) em face do conflito com bem de menor valor (patrimônio), o faz de forma contrária, responsabilizando inicialmente aquele que praticou ato lícito e heroico e deixando que o verdadeiro causador da situação de risco somente seja responsabilizado em ação regressiva, o que é totalmente antinômico com os princípios que regem o Código Civil e a Constituição Federal.

O debate aqui trazido é mais antigo do que se parece, tendo em vista que havia previsão correspondente à atual no Código Civil de 1916, conforme ensinamentos de Paulo Nader (2016, p. 195):

A obrigação de indenizar por quem agiu em estado de necessidade, já prevista no Código Civil de 1916, suscitou acesa discussão entre juristas de escol, no início do séc. XX, quando o Anteprojeto daquele Códex tramitava no Congresso Nacional. Amaro Cavalcanti e João Luiz Alves, entre outros, reconheciam uma contradição entre o disposto no art. 1.519 e o art. 160, II, correspondentes aos atuais arts. 929 e 188, II, do Código Reale. Eis a síntese de João Luiz Alves: "Pensamos que o art. 1.519 está em contradição com o art. 160, nº II: 1º Porque este declara que não constitui ato ilícito, isto é, constitui ato lícito 'a deterioração da coisa alheia, para remover perigo iminente', dentro dos limites indispensáveis à sua remoção. Ora, o ato lícito no sistema geral do Código não gera direito à indenização, a qual só promana – ou da inexecução de obrigação ou de delito ou quase delito. Logo, a remoção do perigo iminente, como ato lícito, não pode obrigar, a quem a executa, a indenizar o dano."

Ou seja, mesmo durante a elaboração do diploma civil anterior – ainda nos primórdios do século XX, já se discutia a respeito da contradição entre a prática de um ato lícito e a responsabilização civil do agente que assim que o praticou, com base em artigos que, mesmo distintos e contraditórios, encontravam-se previstos na mesma lei. Essa contenda se mantém atualmente, tendo em vista que foram mantidas as disposições anteriores no Código Civil vigente.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil nada mais é que o fruto surgido em razão do descumprimento de uma obrigação, seja pela não observância de uma regra contratual ou mesmo a não obediência a preceito normativo regulador da vida em sociedade.

O Código Civil trata a partir do seu art. 927 da Responsabilidade Civil, regulando a obrigação de indenizar e também a fixação da indenização. A responsabilidade civil contratual decorre dos casos de inadimplência por uma das partes em relação a contratos ou obrigações. Destarte, responde aquele que deve, após não cumprida a obrigação, com todos os seus bens por perdas e danos, atualização monetária e também honorários advocatícios. Vale ressaltar que o prazo inicial para a configuração de inadimplência nas obrigações de não fazer (negativas) conta-se do momento da prática do ato pelo qual a parte deveria se abster de realizar.

Já a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana), decorre de atos ilícitos ou mesmo do abuso de direito. O ato ilícito se qualifica como aquele praticado em contrariedade à ordem jurídica e que, por efeito, traz prejuízos ao direito de outrem. O abuso de direito, no que lhe concerne, é inicialmente lícito. Entretanto, o agente ao exercer seu direito se exacerba de modo manifesto os limites estabelecidos pelos fins econômico, social, pela boa fé ou pelos bons costumes; o que faz com que o ato originalmente lícito, converta-se em ilícito. Diante disso, Flávio Tartuce (2017a), evidencia o caráter dual ou binário da responsabilidade civil extracontratual, uma vez que há dois alicerces categóricos em que a mesma se apoia – ato ilícito e abuso de direito.

A doutrina traz várias classificações acerca dos elementos da responsabilidade civil, que nada mais são que preceitos a uma incumbência de reparação do agente. Em resumo, pode-se destacar a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: a conduta humana, a culpa em sentido amplo, a relação/nexo de causalidade e o dano ou prejuízo sofrido pelo agente.

A conduta é mais aprofundada nos estudos do fato típico penal, que traz várias teorias para explicar o que vem a ser a mesma e também justificar seus efeitos posteriores nesta seara. Ela pode ser dividida em comissiva (uma ação positiva) ou negativa (uma omissão). Neste caso, para a denotação da responsabilidade civil, faz-se mister a demonstração de que deveria o agente praticar determinado fato e que, a ausência desta conduta, causou o dano ocorrido.

Quanto à culpa em sentido amplo, infere-se que a mesma abrange também o dolo e, numa visão subjetiva pode se dividir em imprudência, negligência e imperícia.

O nexo de causalidade é a associação entre a conduta praticada e o dano a ser suportado por outrem. Carlos Roberto Gonçalves (2010) define o mesmo como “Um vínculo essencial entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não existiria.”

Por fim, além dos elementos já citados, é primordial a comprovação do dano suportado por alguém, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, para a configuração da responsabilidade civil. O art. 402 do CC dispõe que, retiradas as exceções expressamente designadas na lei, as perdas e danos cabíveis ao credor abrangem, além do que ele de modo efetivo perdeu, também o que possivelmente deixou de lucrar. Conforme referido artigo, o Código Civil classifica os prejuízos materiais em dano emergente, consistente naquilo em que concretamente se perdeu; e em lucro cessante (parte final), relacionada a aquilo provavelmente se deixou de desfrutar.

Em regra, a responsabilidade civil na ordem jurídica é de natureza subjetiva, exigindo-se a culpa genérica, que inclui o dolo ou a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia). Baseando-se, assim, na teoria da culpa.

Entretanto, há exceções. Duas delas podem ser visualizadas no parágrafo único do Art. 927 do CC, que traz a obrigação de recomposição do dano (mesmo se não houver culpa) quando a lei fizer tal previsão ou nos casos em que o agente pratica uma atividade de modo regular, mas que pela essência da mesma traga risco para os direitos das demais pessoas.

A responsabilidade objetiva ocorre pela exposição de perigo devido a uma situação ameaça criada por determinada atividade, e é caracterizada independentemente do causador agir com dolo ou culpa. A mesma fundamenta-se na teoria do risco e teve como norteador o Código Civil da Italiano de 1942. Ela embasa, contestavelmente, o que ocorre no caso do agente que atua em estado de necessidade e atinge bem de terceiro.

Dentre as modalidades oriundas da teoria do risco, podemos citar a teoria do risco administrativo, que trata da responsabilidade civil do estado (Art. 37, § 6º da CF/88); a teoria do risco da atividade, na hipótese de a atividade desempenhada gerar riscos a terceiros, como no caso das ações nucleares (Art. 927, parágrafo único do CC); a teoria risco-proveito, oriunda do Código de Consumerista; e a teoria do risco integral, ligada aos danos ambientais (Art. 14, § 1º da Lei 6.938/81). Há várias outras teorias que podem ser citadas, as quais resolvemos não incluir, devido ao objeto específico de estudo deste trabalho.

Para mais, o Código Civil prevê responsabilidade objetiva oriunda também de ato de terceiros, também chamada de responsabilidade indireta (Art. 932 do CC), a responsabilidade por danos causados por animais em que não provada culpa restrita da vítima ou força maior (Art. 936 do CC), a responsabilidade civil do dono do prédio em

construção ou por sua ruína (Art. 937 do CC), a responsabilidade civil por objetos e coisas lançadas das casas, conhecida como defenestramento, que significa “*jogar fora pela janela*” (Art. 938 do CC) e a responsabilidade visualizada nos contratos de transporte, alcançando também a realização do transporte de coisas (Art. 750 do CC) ou transporte de pessoas (Art. 734 do CC). Nesta última hipótese, impende ressaltar a Súmula 145 do Tribunal da Cidadania, que assim dispõe:

Súmula 145 - No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave. (Súmula 145, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/1995, DJ 17/11/1995 p. 39295)

Assim, a jurisprudência tem analisado com cautela determinadas situações, a fim de evitar insegurança jurídica e o surgimento de injustiças na sociedade civil.

Para o aprendizado das excludentes da obrigação reparatória, além da previsão no art. 188, II e II, devemos buscar complemento no Código Penal. Sendo assim, dispõe o art. 188, I que não se ajusta aos atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa. A definição de legítima defesa pode ser extraída do art. 25 do CP, destacando que assim age o cidadão que se utiliza dos meios necessários, e de forma moderada, para rechaçar agressão que seja injusta, em tempo atual ou prestes a acontecer, a direito seu ou de terceiros.

Sem dúvida é uma das principais disposições excusatórias de responsabilidade civil, muito aplicada também como excludente de ilicitude no âmbito penal. Além da legítima defesa, o referido artigo na sua parte final trata do exercício regular de direito ou das próprias funções, este se assemelhando ao estrito cumprimento do dever legal previsto no art. 23 do CP.

Há hipóteses em que ocorre retirada do nexo de causalidade e, conseqüentemente, a exclusão do dever de indenizar. Podemos citar a culpa ou fato exclusivo da vítima, a culpa ou fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito e a força maior, neste havendo exceções para o não afastamento da responsabilidade.

Cite-se, também, a cláusula de não indenização, popularmente referida como cláusula de irresponsabilidade, em que a parte isenta totalmente a sua responsabilidade. Entretanto, a doutrina traz alguns requisitos para a sua utilização. Ela pode ser usada, por exemplo, em responsabilidade contratual, tendo-se em vista que a responsabilidade extracontratual decorre da própria lei e tem natureza cogente; não podendo ser empregue, todavia, nos contratos de adesão (art. 424 do CC), consumo (art. 25 e 51, I da Lei 8.078/90) e transporte (art. 734 do CC c/c Súmula 161 do STF).

Por fim, o estado de necessidade ou a remoção de risco iminente é tratado no art. 188, II, já transcrito anteriormente e exemplificado no item **3** deste trabalho, juntando-se à responsabilidade civil, por meio da harmonização aos arts. 929 e 930, que passaremos a discorrer.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade, como visto, exclui a ilegitimidade da ação, mas não o dever de indenizar. Complementando, o parágrafo único do art. 188 do CC salienta que, em havendo excesso, poder-se-á configurar abuso de direito ou até mesmo ato ilícito; o que será verificado na análise de cada caso concreto.

Imagine a situação de um pai que, sem habilitação, dirige um carro em alta velocidade para levar o filho, muito doente, ao hospital. Certamente estará ele atuando em estado de necessidade. Mas, e se no caminho o mesmo atropela um pedestre devido à sua pouca habilidade no volante? Houve exagero na realização da conduta? Não poderia ele ter solicitado um táxi ou outro meio de transporte para tal ato? Percebe-se que o tema é mais delicado que se parece.

Ao tratar da obrigação de indenizar, o Código Civil traz algumas peculiaridades a respeito do estado de necessidade. O art. 929 descreve que aquele lesado ou o dono da coisa destruída ou deteriorada não tiverem sido culpados pelo perigo, terão eles direito à reparação em relação ao prejuízo que houverem sofrido.

O dispositivo é coerente ao determinar que a pessoa lesada e não responsável pelo perigo, que teve seu patrimônio atingido pelas consequências da ação daquele que operou em estado de necessidade, tem o direito de ser ressarcida pelo prejuízo sofrido.

Mas este artigo deve ser lido em conjunto com o art. 930, que traz um complemento a respeito do ressarcimento, dispondo que se o perigo ocorre por culpa de um terceiro, o autor do prejuízo poderá contra ele propor ação de regresso tendo em vista a reparação efetuada em face do dono do bem ou lesado.

Flávio Tartuce (2017a, p. 605-606), para a maior compreensão do tema, cita o seguinte exemplo:

Imagine-se o caso em que uma criança grita em meio às chamas de um incêndio que atinge uma residência. Um pedestre vê a cena, arromba a porta da casa e salva a criança da morte iminente, prestes a acontecer. Nesse caso, se o dono da casa não causou o incêndio, deverá ser indenizado pelo pedestre herói (art. 929 do CC). Somente se o incêndio foi causado pelo dono do imóvel é que não haverá dever de indenizar. No primeiro caso, o herói terá direito de regresso

contra o real culpado pelo incêndio (art. 930 do CC). Observa-se, com tais conclusões, que o Código Civil atual, a exemplo do seu antecessor, continua a não incentivar intervenções heróicas.

Este exemplo clarifica quão entristecedora é a redação do art. 930 do CC. No caso acima citado, por exemplo, o texto legal prefere ao patrimônio que à vida, sendo que esta é um bem jurídico de maior valor. O correto, na nossa visão, seria a responsabilização daquele que causou a situação de perigo primordialmente, somente podendo responder aquele que agiu em estado de necessidade subsidiariamente ou na falta de condições financeiras do autor da situação de perigo.

Sabe-se que a nova visão do direito, notadamente o neoconstitucionalismo, através da centralização da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), trazem grande influência ao direito privado, havendo autores que defendem o fim da dicotomia “público-privado”, podendo falar-se atualmente em Direito Civil Constitucional, segundo Perlingieri (2002). Princípios norteadores como a dignidade da pessoa humana, a função social, a busca por uma sociedade livre, justa e solidária são exemplos de previsões que afetam diretamente o direito privado, fazendo com que a abusividade de certas cláusulas contratuais possam ser vistas para além da natureza meramente privada, e sob uma perspectiva cogente das normas basilares, tudo isso ligado à idéia da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito aos valores primordiais e norteadores do novo Código Civil, descritos pormenorizadamente por Miguel Reale (1975) na Exposição de Motivos do anteprojeto do novo Código de Civil, ainda nos anos noventa – mas tão atual, destaca-se a prevalência dos conceitos de eticidade, socialidade e operabilidade.

A eticidade deve ser utilizada de forma essencial na aplicação da lei, não cabendo mais a valorização da formalidade em prejuízo dos valores que ordenam nosso sistema, como ocorria na vigência Código Civil de 1916. A técnica nem sempre deve prevalecer sobre o complexo comportamento humano. Assim, a ação imediata daquele que empreende em estado de necessidade exhibe não apenas um ato de heroísmo, mas a verdadeira convicção prática de efetiva justiça e ponderação entre os bens jurídicos postos em risco. Age o autor nesta situação na mais singela boa-fé, por vezes colocando em risco a própria vida para salvaguardar a vida do próximo.

A superação do caráter individualista é deveras importante para a análise do dispositivo aqui criticado. O caráter social e exemplar daquele que atua em estado de necessidade de terceiro irradia efeitos imensuráveis na sociedade, produzindo no meio social a sensação de esperança, notadamente em dias de desgraças e tristezas como tem acontecido corriqueiramente na vida comum do corpo coletivo.

Por fim, a operabilidade deve conduzir o direito em dois aspectos: a simplicidade e a efetividade. Ora, nos casos em que o agente atua em estado de necessidade de terceiro, por culpa de determinado ato irregular de outrem, e causa dano a cidadão não vinculado ao fato originário, por que motivo caberá àquele que atuou para salvaguardar o bem jurídico de maior ou igual valor a responsabilidade inicial? Sendo que ato deste foi muito além da justiça que própria norma exige?

Verificadas tais explanações, insta ressaltar que jurisprudência do egrégio STJ vem mitigando tal dispositivo, nos informando que, a depender das circunstâncias do fato, a atuação do agente em estado de necessidade será capaz de influir no *quantum* da definição do valor a ser indenizado:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO DE NECESSIDADE. PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **O estado de necessidade, embora não exclua o dever de indenizar, fundamenta a fixação das indenizações segundo o critério da proporcionalidade.** A adoção da restitutio in integrum no âmbito da responsabilidade civil por danos, sejam materiais ou extrapatrimoniais, nos conduz à inafastabilidade do direito da vítima à reparação ou compensação do prejuízo, ainda que o agente se encontre amparado por excludentes de ilicitude, nos termos dos arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 (arts. 929 e 930 do CC/2002), situação que afetará apenas o valor da indenização fixado pelo critério da proporcionalidade. **REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.**

Na doutrina, alguns autores criticam o dispositivo, defendendo, por exemplo, a sua mitigação na aplicação da lei pelo juiz diante da particularidade do caso concreto. O posicionamento de Flávio Tartuce (2017b) é esclarecido na sua obra específica de responsabilidade civil, ressaltando ele que filia-se à Flávio de Monteiro Barros (2005, apud TARTUCE, 2017), quando afirma que no estado de necessidade haverá dever de indenizar mesmo em decorrência de um fato lícito, e enfatizando que ali está a razão técnica da situação de injustiça por diversas ocasiões verificada. Assim, o herói nunca poderia responder por ter salvado a criança, por ter dado prioridade à vida em detrimento do patrimônio.

Tal entendimento reforça a tese a respeito da incongruência do artigo aqui apresentado.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) cita o exemplo do motorista que joga o veículo que dirige contra um muro, deteriorando-o, para evitar o atropelamento de uma criança que surgiu-lhe à frente; conforme o Art. 929 do CC, tal atitude não o exonera de reparar

do dano causado ao dono do muro, pois não é este o culpado pelo perigo. Entretanto, caberá ação regressiva do motorista contra o pai do menor, por culpa *in vigilando*, nos moldes descritos no inciso II do art. 188.

O autor esclarece com maestria a contradição entre os artigos:

[...] A solução dos arts. 929 e 930 não deixa de estar em contradição com o art. 188, II, pois, enquanto este considera lícito o ato, aqueles obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover perigo iminente. É o caso, por exemplo, da destruição de prédio alheio, vizinho ao incendiado, para evitar que o fogo se propague ao resto do quarteirão. Tal solução pode desencorajar muitas pessoas a tomar certas atitudes necessárias para a remoção de perigo iminente. (GONÇALVES, 2017, p. 280)

Pelas palavras, verifica-se que pela aplicação crua do referido artigo pode vir a ocasionar o enfraquecimento prático de atitudes bondosas e, em muitos casos, gloriosas, o que vai contra a nova ordem jurídica. Como sugestão, propõe o festejado autor que seria muito mais coerente se houvesse permissão ao juiz, através de um arbitramento proporcional, estabelecer uma plausível indenização, e não simplesmente em razão de todo o prejuízo sofrido, como trazido nos artigos previstos no CC, pois atuando desta forma poder-se-ia conduzir o magistrado à aplicação diversas injustiças.

Em busca da razoabilidade e da segurança jurídica, pertinente é a proposta do doutrinador, tendo em vida o enredamento de casos que traz a vida social na sua diversidade de relações.

Reafirmando o entendimento e sedimentando mais uma visão negativa acerca do dispositivo objeto de estudo deste trabalho, a doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017) ressalta que o dever de reparação previsto no Art. 930 do CC decorre da idéia de equidade e solidariedade social. Apesar dessa visão, os autores exaltam o entendimento de Wilson Melo da Silva (1974, apud GAGLIANO), que questiona a hipótese da condição econômica do agente causador do evento ser de insolvência, ao passo que, concomitantemente, tem grande fortuna o terceiro que por culpa fez estabelecer a situação de perigo causadora do dano. Segundo ele, pela legislação, o terceiro atingido não poderia ter ação direta em relação do terceiro provocador do perigo, pois deveria primeiro exercer seu direito contra o autor do dano (aquele que empreendeu em estado de necessidade). Daí, somente após, poder-se-ia o dotado de insolvência recorrer-se contra o terceiro culpado de forma regressiva, para dele desembolsar aquilo que gastara com o dono da coisa deteriorada ou destruída.

Por fim, conclui o autor que trata-se de mais uma das diversas incongruências de nossa legislação, que vem escrita de forma totalmente contraditória e defeituosa, neste caso voltada a sua determinação no que diz respeito ao estado de necessidade. (SILVA, 1974)

Percebe-se o robusto entendimento doutrinário acerca da incoerência do dispositivo que nos utilizamos deste trabalho para debater, de forma que a análise meramente gramatical do dispositivo pode nos levar a conclusões extremamente injustas, o que nos conduz a uma hermenêutica guiada por princípios e valorada na ideia de justiça e pacificidade social, que deve nortear as relações humanas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a indenização no estado de necessidade de terceiro se difere das demais excludentes de indenização previstas no Código Civil. Apesar de ato lícito, haverá ressarcimento pelo agente causador do dano, tendo esta ação regressiva contra o verdadeiro autor do perigo.

Todavia, em determinadas situações chega a ser absurda a falta de congruência do referido dispositivo com a ordem constitucional, que prega a dignidade da pessoa humana e valores como a função social como bases do estado democrático.

Além disso, os princípios norteadores trazidos pelo novo Código Civil em contraste ao Código de 1916 são de substancial aplicação da lei aos casos concretos, devendo o juiz pautar-se na eticidade, socialidade e operabilidade do Código.

Diante do caso concreto, por muitas vezes faz-se necessária a avaliação de que a imposição da indenização caberá mesmo ao agente que agiu lícitamente, devendo cada caso ser analisado de forma específica e podendo, salvo melhor juízo, a indenização ser reduzida ou até mesmo ser aplicada de forma subsidiária ao ser que procede em estado de necessidade, responsabilizando-se o genuíno causador do perigo.

Ora, como pode alguém que pratica um ato de heroísmo muito além do que os previstos por obrigatoriedade da lei (como nos casos da omissão de socorro) ser responsabilizado por prejuízos daí advindos por simples falta de qualidade técnica da lei? É incabível a aplicação crua da lei, sem a valoração necessária das circunstâncias que impeliram o agente à prática do ato, o que se pode configurar em várias searas do direito.

Portanto, uma análise do estado de necessidade de terceiro deverá se valer dos valores primordiais da sociedade, tais como a boa-fé, a razoabilidade e a onerosidade e a solidariedade, todos estes somados para a efetivação concreta da justiça e a acentuação da segurança jurídica, esta tão distante em tempos conturbados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8ago. 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 8ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 8ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.292.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj/inteiro-teor-23027512?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 145. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27145%27\).su](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27145%27).su)>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3501>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil; volume único** / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 913; apud SILVA, Wilson Melo da. **Da Responsabilidade Civil Automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil, 3: esquematizado*: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões/** Carlos Roberto Gonçalves – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado* coordenador Pedro Lenza).

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense 1949. v. I.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1 /** Cleber Masson. – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Manual de direito civil.** São Paulo: Método, 2005. v. 2.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil.** 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil.** São Paulo: janeiro de 1975. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf>. Acesso em 08 de ago. 2018.

SILVA, Wilson Melo da. apud GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil; volume único /** Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 913; apud SILVA, Wilson Melo da. **Da Responsabilidade Civil Automobilística.** São Paulo: Saraiva, 1974.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v 2: direito das obrigações e responsabilidade civil /** Flávio Tartuce; 12.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de direito civil: volume único /** Flávio Tartuce. 7. Ed. rev., Atal. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II.

APONTAMENTOS ACERCA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA, SISTEMA JURÍDICO-PENAL E NECROPOLÍTICA NO BRASIL

LUIZA DE OLIVEIRA GUTTERRES:
Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário UniRedentor - Advogada.

FERNANDA JOIA BARRETO LIMA¹⁴⁹

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho visa analisar, a partir do modelo teórico exposto pela criminologia crítica e pela necropolítica, a forma como a sistemática do Estado brasileiro atua. Definindo a necropolítica como o instrumento de poder que determina condutas e validações políticas, o estudo irá apresentar uma análise social do assunto frente aos dados expostos pelos próprios órgãos vinculados ao Estado Brasileiro. Ponto nevrálgico do presente artigo é a atestar a existência de um Estado omissivo, que segmenta a aplicação de um direito penal repressivo frente às classes sociais menos honradas. Tais questões serão respondidas a partir de análises de referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Necropolítica, Criminologia Crítica, Desigualdade Social, Encarceramento Brasileiro.

ABSTRACT: The present work aims to analyze, from the theoretical model exposed by critical criminology and necropolitics, the way in which the systematics of the Brazilian State operates. Defining necropolitics as the instrument of power that determines conduct and validates policies, the study will present a social analysis of the subject against the data exposed by the bodies linked to the Brazilian State. The crucial point of this article is to attest to the existence of a silent State, which segments the application of a repressive criminal law against less honorable social classes. Such questions will be answered based on bibliographic references analyses

KEYWORDS: Necropolitics, Critical Criminology, Social Inequality, Brazilian Incarceration.

INTRODUÇÃO

Totalizando 773.151 presos até junho de 2019, conforme o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) o Brasil já é possuidor da terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas da China, que contém 1,6 milhões de presos, e dos Estados Unidos, que contém 2,1 milhões em população carcerária, segundo estudo mundial

¹⁴⁹ Graduada em Direito pela URIRedentor

realizado e divulgado em setembro de 2018 – segundo dados da *Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências em outras nações de redução da população carcerária*, lançada em setembro de 2018, em São Paulo. (BRASIL, 2019; Pastoral Carcerária)

Resta dizer, ainda, que esses dados não são absolutos. Há uma clara e expressa confusão de dados quanto ao tocante da população carcerária no Brasil. Com o avanço da pandemia no país, a situação foi agravada, e os bancos de dados governamentais restam por desatualizados há mais de um ano. Segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o país detém 812.564 presos – conforme levantamento realizado em julho de 2019. (BRASIL, 2019)

Apesar do número relativamente alto no que concerne à população carcerária, ainda há um enorme déficit de vagas: problema que se alastra pelo país, conforme geográfico de inspeção penal disponível no site do CNJ. A situação é tão complexa, que o déficit chega a ser de 165,13% no Pernambuco, 139,45% em Roraima, 91,13% no Mato Grosso do Sul, 88,64% no Distrito Federal e 61,44% no Rio de Janeiro, estado que terá o enfoque maior no nosso estudo. (BRASIL, 2020)

Dessa forma, com uma superlotação que ultrapassa 160% das vagas, com presídios que não garantem o saneamento básico – ainda há outro fator que necessita ser mencionado: o fator social.

Não há como tratar do tema proposto sem mencionar a desigualdade social exorbitante que estruturalmente existe alastrada pelo país a fora, e que se expande com o passar dos anos. Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e o Índice de Gini – instrumento utilizado como medidor de desigualdade no Brasil – em 2018 a desigualdade alcançou o número de 0,509. O índice varia de zero a um, isso significa que quanto mais próximo do um, pior é a distribuição de renda no país e maior é a desigualdade social. (BRASIL, 2019; Carla Mereles para o site POLITIZE)

Atingidos pela desigualdade social, ileso de oportunidades e passando longe do contato ideal com a educação, a população periférica é a mais atingida pelo cárcere.

A maior parte dos custodiados brasileiros é formada por: jovens, negros, pardos, e com baixa escolaridade. A educação, tratada como programa eventual de investimento do governo, está longe de atingir o “status” de educação prisional voltada para a ressocialização. Apenas 10% dos presídios garantem certa escolaridade, sendo a mesma insuficiente para o contingente esperado (segundo informações coletadas do Infopen). (BRASIL, 2017; Cida de Oliveira para o site RBA)

1. ENCARCERAMENTO E ESTIGMA

A concepção da finalidade existente no encarceramento lapidou-se aos longos dos anos, começou-se a pensar na humanização das penas, retirando o caráter punitivo corpóreo, inserindo restrição a direito subjetivo do homem - liberdade - (BECCARIA, 1995), porém garantindo o disciplinamento que a sociedade capitalista objetivava (FOLCAULT, 1986).

O cárcere perdeu a função de castigo físico expressamente previsto e legislado, passando a ter tal função apenas na prática. A seletividade, bem como a estigmatização causada pelo encarceramento não são desconhecidas, como é de se observar na série Prisões Brasileiras – Um Retrato sem Retoques, do Repórter Brasil, na qual constatou-se que apenas 20% dos detentos conseguem vínculo empregatício após o cumprimento de pena, objetivando a dificuldade da ressocialização.

O estigma apresentado por Goffman (1891) é vislumbrado no sistema penitenciário brasileiro, esse autor regressa à Grécia antiga para a explicação do que seria o estigma. Referindo-se a esse como um termo que visa a evidenciar sinais corporais que auxiliam a determinar o status moral do desconhecido apresentado. Tendo como contexto a Grécia antiga, esses sinais poderiam ser feitos por meio de cortes ou do fogo, que ajudariam a identificar a que categoria o novo indivíduo pertencia.

O estigma representado pela marca corporal é a realidade dos presídios brasileiros, haja vista a existência de tatuagens que classificam o indivíduo como pertencente à categoria de criminoso, como é capaz de apresentar, ainda, a personalidade dos detentos, bem como os seus delitos. (PAREDES, 2003).

Ocorre também o estigma entre os próprios detentos, como prediz a matéria elencada no Canal de Perícia, realizada em junho de 2019, os sentenciados utilizam da marca corpórea em outro sentenciado para ensejar o efeito de descrédito que este possui, a exemplo é o caso da tatuagem de arames farpados, que categorizam o seu portador como um sujeito não confiável, vulgarmente conhecido como X9.

Goffman (1891) trata em sua obra da existência de três estigmas nitidamente opostos entre si. Em primeiro lugar, observa-se os das abominações do corpo; em segundo, há o que o autor denominou como as culpas de caráter, esses não serão apreciados no presente estudo. E por último, elencou os estigmas tribais de raça, nação e religião; tal acepção promove a visualização da seletividade do sistema penal brasileiro. Esse fora construído com o viés de proporcionar a punição pela lesão ao bem jurídico tutelado e a ressocialização para o convívio social, obtendo uma prevenção de continuidade delitiva.

Ocorre que o sistema seleciona quem será atingido pelo seu *jus puniendi*, como leciona Zaffaroni; Pierangeli (2011, p. 73) em sua obra

Ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma orientar-se por 'estereótipos' que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Pela leitura do relatório consolidado do Infopen referente ao estado do Rio de Janeiro, divulgado pelo DEPEN, realizado em junho de 2019, tendo abrangência de julho a dezembro do respectivo ano, as raças/etnias com maior número de detentos são as pardas e pretas, possuindo conjuntamente um quantitativo de 31.252 (trinta e um mil e duzentos e cinquenta e dois) detentos, sendo que o estado do Rio é portador de uma população carcerária de 51.029 (cinquenta e um mil e vinte nove) presos, representando tais etnias 61,2% (sessenta e um inteiros e dois décimos por cento) dessa população.

Quanto ao grau de escolaridade, 43,05% (quarenta e três inteiros e cinco centésimo por cento) ostentam o ensino fundamental incompleto, os delitos com o maior número de detentos são os crimes contra o patrimônio, principalmente o roubo majorado, e o crime previsto na Lei nº 11.343/06, na modalidade de tráfico de drogas.

Os crimes que têm como bem jurídico a fé pública e a administração pública, mesmo que envolvam quantias significativas, não são punidos com o mesmo rigor que os retratados acima. É a seletividade do sistema penal que elege quais crimes e quem deverá ser punido, a exemplo disso, tem-se matéria publicada no Jornal O Globo, em 28/08/2020, elencando os seis ex-governadores do estado do Rio de Janeiro - Moreira Franco, Anthony Garotinho, Rosinha Garotinho, Luiz Fernando Pezão, Sérgio Cabral e Wilson Witzel - todos envolvidos em sistema de corrupção, movimentando quantia que se aproxima de R\$ 6,1 bilhões, sendo que apenas um ex-governador está cumprindo pena.

A resposta para a prática da seletividade está na necropolítica do sistema brasileiro, tema que passaremos a estudar com maior afinco.

2.NECROPOLÍTICA E O ESTADO BRASILEIRO

O termo "necropolítica" idealizado por Achille Mbembe surgiu com base nos estudos das obras de Michel Foucault. Sendo assim, para chegarmos na análise da

necropolítica sob o viés da criminologia crítica, perpassaremos rapidamente pela obra de Foucault.

Foucault sustentou em suas obras, a partir dos termos “biopolítica” e “biopoder” que o poder foi sendo ajustado durante os séculos e foi influenciador das relações sociais e dos discursos – estes, acabaram sendo capazes de determinar condutas e validar políticas, como cita Julia Ignacio para o site POLITIZE (2020)

Assim, para Foucault, o discurso é o instrumento de poder que determina condutas e valida políticas. No entanto, como analisado pelo mesmo, é preciso cautela ao lidar com tal instrumento já que este acabou possibilitando práticas cruéis e políticas que reforçam estereótipos, segregações, inimizades e extermínios.

A biopolítica – poder de organizar as políticas em vida – é a força reguladora de grandes populações, práticas disciplinares. E o biopoder – faz referência ao poder que administra “tecnologias” e dispositivos controladores da população, ocupadores da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade, dos costumes, entre outros. A citar, Foucault; *Microfísica do Poder* (1978, p. 277 – 293)

Os instrumentos que o governo se dará para obter esses fins [atendimento às necessidades e desejos da população] que são, de algum modo, imanentes ao campo da população, serão essencialmente a população sobre o qual ele age.

Dessa forma, Mbembe sustenta que a necropolítica dita quem vive e quem morre. É um discurso de Estado que torna o “deixar morrer” aceitável. Para Mbembe, o parâmetro definidor primordial é o da raça. O corpo matável seria aquele que se encontra em risco de morte a todo instante. Dessa forma, ele delimita que existem estruturas criadas com o objetivo de provocar a destruição de alguns grupos, verdadeiras “zonas de morte”, eliminando os “inimigos do Estado” que, para Mbembe, é uma ideia que sempre esteve ligada ao período escravocrata. (BRASIL, 2018; Achille Mbembe; *Necropolítica*).

No Brasil, a obra de Mbembe se relaciona diretamente com a história do país, onde em diversos momentos, foi aceitável pela maioria da população a morte dos então determinados “inimigos” do Estado. Foi o que se sustentou nos 300 anos de escravidão e nos 21 anos de regime autoritário enquanto a ditadura estava vigente no país.

Conforme bem destacado por Julia Ignacio para o site POLITIZE (BRASIL, 2020) ainda hoje aceitamos a ideia de que vidas de determinados grupos subalternos da população podem ser tiradas. É o que acontece com as populações periféricas que vivem à

margem dos grupos de facções armadas no Rio de Janeiro e com a situação carcerária do Brasil, que vive superlotada e não apresenta condições de higiene adequadas. E é nesse contexto que se insere a criminologia crítica.

Nesse mesmo sentido de marginalização de pessoas, existem discursos que fortalecem a ideia de que existem lugares subalternizados com alta criminalidade em que vidas podem ser tiradas em prol do bem comum. A guerra ao tráfico e à criminalidade no Brasil é um exemplo. Mas também há necropolítica nas prisões. O tratamento da população carcerária, com punições com foco na privação da liberdade, a superlotação das cadeias e baixas condições sanitárias são reflexos disso.

3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SELETIVIDADE PENAL

A criminologia, em síntese, pode ser entendida como o conjunto de conhecimento que objetiva compreender o fato criminoso, o sujeito ativo do fato, os motivos que induzem a tal comportamento, bem como a possibilidade de ressocialização. (Edwin H. Sutherland, 1985). A análise sob o viés da criminologia tem a sua origem com o Iluminismo, sendo a primeira escola chamada de Escola Clássica, com pensadores como Beccaria e Carrara, o objetivo principal dessa primeira escola era a análise do sistema jurídico, principalmente no tocante às penas.

Houve uma profunda mudança no foco do estudo, visualizando o delinquente e as causas do crime, surgiu, assim, a Escola Positiva, com pensadores como Ferri e Lombroso. Diante dessa breve análise inicial da criminologia, adentramos a criminologia crítica vista sob o prisma da necropolítica.

A criminologia crítica tem o foco nos mecanismos e instâncias de controle social. Estuda a criminalidade como a própria criminalização, explicada por processo seletivo de construção do comportamento, moldados a partir dos grupos sociais dominantes, a própria criminalização se torna mecanismo utilizado pelos donos do poder. (André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, 2017).

A vertente da criminologia crítica que teceremos mais comentários é a: *o labelling approach*, ou teoria do etiquetamento. Nessa vertente, a criminalidade não seria um dado ontológico único e imutável, contudo seria uma construção de justiça determinada para satisfazer um grupo social, da mesma forma que criminoso não seria um sujeito ontologicamente diferente dos demais, e sim um *status* social atribuído a um sujeito que garanta a aplicação da justiça. (BARATTA, página 7, 2002).

Neste campo que surge a estigmatização do sistema penal, é a sociedade que torna o agente criminoso, visto que é essa que elege quem será punido e quem não será. Dessa forma, as características pessoais, seu convívio social, sua residência, suas tatuagens, a espécie de crime e principalmente a raça do agente serão os fatores que ditarão a possibilidade de se ter ou não a justiça penal.

Assim, a criminalidade não é inerente ao sujeito, não basta simplesmente cometer o fato típico, ilícito e culpável, há o etiquetamento do sujeito ativo. O sistema penal elege quem será punido e quem não será. O *labelling approach* explica a estigmatização visível entre os crimes de “colarinho branco” e os crimes considerados como a “cifra negra”, os sujeitos ativos dos crimes de “colarinho branco” são muitas vezes os empresários e políticos, classes sociais detentoras de prestígio social e ausência de estereótipos que representam a repressão social e policial. (BARATTA, 2002).

Conforme Baratta (2002) enseja em sua obra:

A criminalidade como status atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes, refutaria o princípio de igualdade; a relação variável do processo de criminalização com a posição social do acusado indicaria a relatividade da proteção penal a bens jurídicos, atingindo o princípio de legitimidade;

Da mesma forma que Mbembe sustenta pela necropolítica que o Estado seleciona quem deve morrer, o *labelling approach* nas lições de Barata enseja que o direito e processo penal só pune quem pertence à camada social economicamente mais fragilizada.

Pelo relatório consolidado do DEPEN de 2019 realizado no Estado do Rio de Janeiro observamos que as espécies de tipos penais que detém um maior índice de encarceramento são os crimes contra o patrimônio e da legislação de drogas, possuindo conjuntamente um quantitativo de 3.213 (três mil e duzentos e treze) detentos. Em contrapartida, os crimes contra administração pública, que tem como sujeito ativo agente público, classe que não sofre represálias sociais, apresenta apenas 9 (nove) detentos. (BRASIL, 2019).

A explicação para tamanha discrepância de dados não está no fato dos crimes contra administração pública serem escassos e sim no fato de não existir por parte dos grupos dominantes a necessidade de punição, como elenca Baratta (2002) em sua obra:

Assim como fatores que explicam a escassa medida em que a criminalidade de colarinho branco é perseguida, ou escapa completamente, nas suas formas mais refinadas, das malhas sempre muito largas da lei, é uma tarefa que não pode ser enfrentada neste lugar. Bastarão, por isso, breves indicações. Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário para as infrações típicas dos estratos mais desfavoráveis).

O sistema penal brasileiro tornou-se escasso da conotação de punição concreta e de ressocialização, conservando apenas a função de subjugar classes sociais, a comunidade carcerária tem características constantes, tem a criação do verdadeiro e próprio modelo de detento, diante da seletividade da aplicação da lei penal. O cárcere é contrário a todo modelo educacional, promove apenas a inclusão incessante do mesmo detento, a individualização e o antagonismo entre quem é punido e quem não é.

4. NECROPOLÍTICA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:

É evidente que a real função do sistema penitenciário brasileiro é construir e manter uma marginalização, dirigindo-se a aplicação da lei penal apenas a quem a sociedade julga como merecedor, abandonando por completo a figura da ressocialização.

Assim, tendo por semelhança as lições de Mbembe, nas primícias da necropolítica, o Estado-Juiz elege a camada social que será o alvo da mais reprimida sanção, levando-se em consideração, antes de tudo, a condição social e a raça do agente, portanto, o Estado elenca quem detém o perfil de criminoso, selecionando quem faz parte da “população criminosa”, conforme assevera Baratta (2002):

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído.

Portanto, da mesma forma que Mbembe enseja que o Estado torna o “deixar morrer” aceitável para determinados grupos da sociedade, o nosso sistema penal escolhe os indivíduos mais vulneráveis para a incidência de suas normas, etiquetando o agente.

O etiquetamento da camada social mais vulnerável decorre da seletividade do nosso legislador ordinário, juntamente com a mídia classicista. Não é preciso muita análise para percebemos tal primícia, com uma análise supérflua de nosso Código Penal, observamos que o legislador ordinário protege com mais afinco os crimes contra o patrimônio, do que os crimes contra a integridade física, uma vez que o crime de furto (artigo 155 do Código Penal) detém patamar que varia de 1 (um) a 4 (quatro) anos de pena, ao passo que o crime de lesão corporal leve (artigo 129, *caput*, do Código Penal) detém patamar de 03 (três) meses a 01 (um) ano.

Assim, o legislador protege com mais prestígio o patrimônio, sendo que este é de titularidade das classes sociais superiores. Outro vetor que auxilia no etiquetamento dos subalternos é a mídia classicista, uma vez que é a raça e o *status* social do agente que ditam como a mídia a ele se refere, se o agente é de classe prestigiada ou de determinada raça, a mídia refere a ele como estudante, jovem ou *influencer*, mas nunca como criminoso, meliante, traficante, esses adjetivos são utilizados para etiquetar as classes sociais subalternas.

Por fim, o sistema penal brasileiro escolhe os grupos sociais que compõem a chamada “carreira criminosa”, sendo constituído pelos vulneráveis, pouco importando com a função reeducativa que o cumprimento de pena deve alcançar, funcionando apenas como estigmatizador das classes sociais mais baixas, impondo a essas a reincidência.

Demonstra a dependência causal da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação; isto coloca uma função reeducativa da pena. A teoria das carreiras criminosas desviante e do recrutamento dos “criminosos” nas zonas sociais mais débeis encontra uma confirmação inequívoca na análise da população carcerária, que demonstra a extração social da maioria dos detidos dos estratos sociais inferiores e o elevadíssimo percentual que, na população carcerária, é representada pelos reincidentes. (Baratta, 2002).

5. CONCLUSÃO

Dessa forma, ante o exposto, o presente trabalho sustenta a partir do modelo teórico abordado pela criminologia crítica e da necropolítica juntamente com o contexto social vivenciado no Brasil, e perante as análises bibliográficas que o sistema penal - esse

abrangendo o direito material, processual e o executório - atua de forma direcionada, segmentando os grupos que são vítimas do sistema repressivo do Estado.

Não há como deixar de citar, ainda, as palavras da pesquisadora Rosane Borges para o Jornal Ponte, em 2019:

“A gente vê hoje um Estado que adota a política da morte, o uso ilegítimo da força, o extermínio, a política de inimizade. Que faz a divisão entre amigo e inimigo. É o que a gente vê, por exemplo, nas favelas, nas periferias das grandes cidades brasileiras, nos rincões do país. Nossa polícia substitui o capitão do mato (...)”
“(...) discutir necropolítica e segurança pública brasileira é entender que os lugares subalternizados com licença para matar “têm endereço e densidade negra” - A polícia não toca o terror, como a gente costuma dizer, em espaços considerados de elite.”

Sendo assim, não há coincidência quanto às qualidades e características dos grupos que são mantidos encarcerados. Como citado na introdução, em suma maioria os jovens pardos, negros e de baixa escolaridade sofrem com a repressão no Estado brasileiro há anos, e não só no que diz respeito ao cárcere, como também no que diz respeito aos índices de baixa educação e oportunidades.

Há um perigo explícito no comportamento existente na sociedade brasileira que vangloria a militarização como uma alternativa para acabar com a corrupção, a violência e a criminalidade brasileira.

Fomos ensinados, inclusive de forma histórica - no que concerne à colonização do Brasil - a observar com desconfiança todo e qualquer tipo de comportamento advindo do grupo, que por si só, já sofre o suficiente com a desigualdade social e a gritante falta de oportunidade, educação e emprego presente no nosso país e tende a sofrer ainda mais quando se adota um regime autoritário, segregacionista e regido pelos ditames militares. Conforme trecho publicado na revista Motrivivência:

“O que vemos hoje é um Estado que adota a política da morte, o uso ilegítimo da força, o extermínio, a política do ódio e do descaso para com a classe trabalhadora que vive na pobreza. Tudo isso pode ser visto, por exemplo, nas favelas e comunidades do Rio de Janeiro, nas periferias das grandes e médias cidades brasileiras. Não há nenhum tipo de serviço de inteligência, de combate à criminalidade. O que se tem, no liberalismo letal, é a perseguição daqueles considerados perigosos, tanto do ponto de vista de classe, gênero, geração (os velhos) e raça/etnia quanto

ideológico; são aqueles que não têm valor e podem de ser descartados. A necropolítica reúne esses elementos letais, que são reflexíveis e têm desdobramentos na vida cotidiana e na chamada política de segurança. (Motrivivência, 2020)

A vanglória a militarização presente na nossa sociedade e no nosso contexto político atual só faz agravar o isolamento desse grupo, atestando ainda mais o que Mbembe (2018) sustenta: “[...] Matar ou deixar viver constituem os limites da soberania do sistema – seus atributos fundamentais”. Em suma, “[...] ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como implantação e manifestação do poder”.

Demonstra e evidencia, de forma explícita, o desinteresse do Estado em garantir o tratamento e proteção igualitários positivados na Constituição, além da falha sistemática jurídico-penal presente no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. *E-book*.

BRANDÃO, Marcelo - **Ressocialização é desafio em prisões brasileiras**. Agência Nacional. Brasília, 28 de março de 2014. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-03/ressocializacao-e-desafio-em-prisoas-brasileiras>> Acesso em 11/08/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CARDOSO, Fábio Fettuccia. **O criminoso segundo a teoria do “labelling approach”**. Jusbrasil, 2015. Disponível em <<https://www.google.com.br/amp/s/fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/175496748/o-criminoso-segundo-a-teoria-do-labelling-approach/amp>> acessado em 18/08/2020.

ESTAVAM, A.; GONÇALVES, E. V. R. **Direito Penal Parte Geral Esquematizado**. 6ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2017.

FERRARI, Mariana. **O que é necropolítica. E como se aplica à segurança pública no Brasil**. Ponte Jornalismo. Disponível em: <<https://ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil/>>. Acesso em: 26 Aug. 2021.

FERNANDES, Daniel; RESMINI, Gabriela. **Biopolítica**. Ufrgs.br. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html>>. Acessado em: 16/09/2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Ed. 27ª. Petrópolis, Vozes, 1987.

GEOPRESIDIOS - **CNJ**, Cnj.jus.br, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>, Acessado em: 10/09/2020.

GOFFMAN, Erving. **Estigma - notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Marthias Lambert. Data da Digitalização: 2004. Data da Publicação Original: 1891. 4ª Ed. LTC.

HERNANDES, Rita. **As principais tatuagens de presidiários brasileiros e seus significados**. Canal de Perícia. Junho de 2019. Disponível em <<https://www.canaldepericia.org/post/as-principais-tatuagens-de-residi%C3%A1rios-brasileiros-e-seus-significados>> Acesso em 11/08/2020.

LEAL, Rafael Cardoso. **Teoria Criminológica do Etiquetamento Social (Labelling Approach)**. JUS.com.br, 2015. Disponível em <<https://www.google.com.br/amp/s/racardoso.jusbrasil.com.br/artigos/233441965/teoria-criminologica-do-etiquetamento-social-labelling-approach/amp>> Acessado em 15/08/2020.

LEVANTAMENTO NACIONAL. Departamento Penitenciário Nacional Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acessado em 11/08/2020.

Luta Antiprisional no Mundo Contemporâneo: um estudo sobre experiência de redução de população carcerária em outras nações. Pastoral Carcerária. Disponível em https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf Acessado em:

Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação - Rede Brasil Atual, Rede Brasil Atual, disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/menos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao/>>, Acessado em: 15/09/2020.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. **80 p.**

MEPCT/RJ lança o “Boletim sobre COVID-19 no sistema prisional,” MEPCT/RJ, disponível em: <<http://mecanismo.rj.com.br/mepctrj-lanca-o-boletim-sobre-covid-19-no-sistema-prisional/>>, Acesso em: 18/09/2020.

O necroliberalismo, bolsonaro “vírus mental” e a pandemia da COVID-19 como casos de saúde pública: o real resiste? Ufsc.br. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/motrivencia/article/view/2175-8042.2020e72755/42996>>. Acesso em: 26 Aug. 2021.

OS DADOS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL E SUAS DISSONÂNCIAS, Os dados sobre o sistema prisional e suas dissonâncias, G1, disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da->

violencia/noticia/2020/02/19/os-dados-sobre-o-sistema-prisional-e-suas-dissonancias.ghtml>, Acessado em: 10/09/2020.

PAREDES, Cezinando Vieira. **A Influência e o Significado das Tatuagens nos Presos no Interior das Penitenciárias**. Monografia (Pós-Graduação em Tratamento Penal e Gestão Penal). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2003.

POLITIZE, **Desigualdade social: um problema sistêmico e urgente - Politize!**, Politize!, disponível em: <<https://www.politize.com.br/desigualdade-social/#:~:text=A%20desigualdade%20social%20no%20Brasil,aumentou%20em%202018%20no%20pa%C3%ADs.&text=Ainda%2C%20o%20estudo%20mostrou%20que,mais%20ricos%20aumentou%20em%208%25>>, Acessado em: 12/09/2020.

POLITIZE, **Necropolítica: o que significa esse termo?**, Politize!, disponível em: <<https://www.politize.com.br/necropolitica-o-que-e/>>, Acesso em: 15/09/2020.

Relembre as Prisões e Acusações dos ex-governadores do Rio de Janeiro. O Globo. 28 de agosto de 2020. Disponível <<https://www.google.com.br/amp/s/oglobo.globo.com/rio/relembre-as-prisoes-acusacoes-dos-ex-governadores-do-rio-de-janeiro-24609851%3fversao=amp>> Acessado em 30/08/2020.

SOUZA, Francisco Higor de Abreu. A seletividade do sistema penal e a impossibilidade de ressocialização do detento. JUS.com.br, 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/75161/a-seletividade-do-sistema-penal-e-a-impossibilidade-de-ressocializacao-do-detento>> Acessado em 11/08/2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Crimes**. 2ª ed. apud André Estevam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Direito Penal Esquematizado, p. 56.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro, 2001.

A ATUAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL NOS PROCESSOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

ANA LAURA BAIOCCHI DE SOUZA PARREIRA:
Advogada especialista em Direito Público

RESUMO: O presente artigo analisa a questão da necessidade de atuação de curador especial nos procedimentos de destituição do poder familiar. Para isso, discorre inicialmente as etapas do processo de destituição, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Após, é feita uma análise geral do art. 162, § 4º, do ECA, bem como ressalta a existência de correntes conflitantes a respeito da necessidade de curadoria especial nesse tipo de procedimento.

Palavras-chave: criança e adolescente. Destituição do poder familiar. Curadoria Especial. Defensoria Pública. Ministério Público.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O procedimento de destituição do poder familiar no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A curadoria especial nos processos de destituição do poder familiar. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O procedimento de destituição do poder familiar é previsto no Capítulo III, Seção II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em alteração promovida pela Lei n. 13.509/2017, a normativa prevê expressamente que quando o procedimento for deflagrado pelo Ministério Público, não haverá necessidade de se nomear curador especial em favor da criança ou adolescente. Nesse sentido, surgem correntes divergentes acerca da interpretação e validade constitucional e convencional desse dispositivo, ante o princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Para analisar todo o contexto, portanto, deve-se compreender as teorias que debatem a questão, bem como identificar as normativas justificadoras de cada posição.

2. O PROCEDIMENTO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme prevê o art. 19, do Estatuto da Criança do Adolescente, é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Sendo assim, da leitura do dispositivo, podemos perceber que o Estatuto determina que as crianças e adolescentes sejam mantidos sempre que possível em sua família natural ou extensa.

Todavia, são muitos os casos em que direitos fundamentais desse grupo de vulneráveis são violados, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão ou abuso de seus pais, ou mesmo em razão de sua própria conduta (art. 98 do ECA).

Nesse sentido, cabe ressaltar que quando essa situação de risco é promovida pelos pais da criança ou do adolescente, poderá ser aplicada a medida mais grave prevista no ECA, qual seja a de destituição do poder familiar, nos termos do art. 129, X, do ECA.

Vejamos o que dispõe o art. 1.638 do Código Civil acerca das hipóteses de perda do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

O art. 24 do ECA também define que o poder familiar poderá ser perdido no caso de violação dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos. Porém, como definido nesse artigo, para que a perda seja decretada deve-se ajuizar ação que permita o contraditório das partes envolvidas.

Assim, será legitimado para ajuizar a ação de destituição do poder familiar o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse, conforme dispõe o art. 155 do ECA.

Nesse procedimento é possível decretar, de forma liminar ou incidental, a suspensão do poder familiar nos casos em que houver motivo grave, ficando a criança ou o adolescente confiado a terceiro idôneo (art. 157, *caput*, do ECA). Porém, deve-se observar que essa liminar deve ser, preferencialmente, precedida de entrevista da criança ou do adolescente perante equipe multidisciplinar e de oitiva da outra parte. A entrevista poderá seguir o procedimento da escuta especializada ou depoimento especial, previstos na Lei nº 13.431/2017.

Após o recebimento da inicial, deverá ser determinado pelo magistrado a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar para comprovar a existência de causas autorizadas da destituição do poder familiar. Impende destacar que esse estudo técnico será realizado independentemente de requerimento do interessado, por se tratar de prova essencial para a análise do pedido de destituição, nos termos do art. 157, 1º, do ECA.

O pai ou a mãe, que seja sujeito passivo da ação, será citado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 dias (art. 158, *caput*, do ECA). Após a apresentação da contestação, será designada audiência de instrução e julgamento para a produção de provas.

Na audiência de instrução e julgamento, poderá ser determinada a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de hipótese autorizadora da destituição do poder familiar. Mas, no que tange a oitiva dos pais, essa será obrigatória sempre que eles forem identificados e estiverem em local conhecido, salvo no caso de não comparecimento voluntário dos pais após citação válida (art. 161, §§1º e 2º c/c art. 162, §2º, do ECA).

No momento da audiência, também será colhido parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito. Em seguida, serão realizadas as alegações finais pelo requerente, requerido e Ministério Público, pelo prazo de 20 minutos (art. 162, 2º, do ECA). A sentença poderá ser proferida em audiência, ou no prazo de 5 dias após sua realização.

De contrário, não sendo contestada a ação, após a conclusão do estudo social ou perícia, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, salvo quando for o próprio requerente, para posterior decisão no prazo de 5 dias (art. 161, *caput*, do ECA).

Esse procedimento terá o prazo máximo de 120 dias para ser concluído, conforme determina o artigo 163.

Por fim, cabe ressaltar que a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

3. A CURADORIA ESPECIAL NOS PROCESSOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

É sabido que o papel de curatela especial é exercido pelas Defensorias Públicas, conforme determina o art. 72 do CPC:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A **curatela especial será exercida pela Defensoria Pública**, nos termos da lei.

Sendo assim, na ausência de representação de réu preso revel ou réu revel citado de maneira ficta, bem como no caso de incapaz, na ausência de representante legal ou no caso de interesses conflitantes, a Defensoria Pública exercerá o papel de curadora especial da parte.

No caso do procedimento especial de destituição do poder familiar essa questão é controvertida na doutrina.

Determina o art. 162, §4º, do ECA que "quando o procedimento de destituição de poder familiar for iniciado pelo Ministério Público, não haverá necessidade de

nomeação de curador especial em favor da criança ou adolescente”. Dessa forma, pela leitura literal do dispositivo acrescentado pela Lei nº 13.509/2017, não seria cabível a entrada da Defensoria Pública como curadora especial da criança ou do adolescente no procedimento de destituição do poder familiar.

A redação dada ao artigo segue os moldes determinados pela Teoria Demóbora, também chamada de substituição ministerial exclusiva, conforme ensina Esteves e Silva (2018).

Para essa corrente, entende-se que o art. 201, III, do ECA define que o Ministério Público detém a legitimidade extraordinária para promover e acompanhar os procedimentos de destituição do poder familiar. E, em razão das funções institucionais do Ministério Público na proteção da criança e do adolescente, seria desnecessário o acompanhamento por curador especial, não havendo conflito de interesses entre as partes.

Cabe ressaltar que, além de ser uma corrente doutrinária, essa tese é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA AOS MENORES. DESNECESSIDADE. ECA. ART. 201, INCISOS III E VIII. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Deve ser renovado o julgamento se da publicação da pauta não foi intimada a recorrente, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII da Lei nº 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. 3. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1176512/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Em contraponto à Teoria Demóbora, surge a corrente da participação concorrente ou democrática. Segundo Esteves e Silva (2018), para a teoria, quando a demanda houver possível situação de risco ocasionada pelos pais ou responsáveis da criança ou do adolescente, a atuação da Defensoria Pública por meio da curadoria especial será obrigatória. Assim, o art. 162, §4º, do ECA, deveria ser considerado inconstitucional e inconveniente.

Os fundamentos utilizados pelos defensores da corrente democrática, definem que essa interpretação se dá em conformidade com a afirmação da criança e do adolescente serem sujeitos de direitos (art. 15 do ECA).

E, em razão disso, as crianças e os adolescentes não podem ser mero espectadores no procedimento de destituição do poder familiar, considerando que a decisão de mérito vai influenciar de modo absoluto em sua vida e no seu futuro.

Nesse ponto, a legitimidade extraordinária do Ministério Público, ao ajuizar a demanda de destituição ou suspensão do poder familiar, é o principal ponto de análise na corrente democrática. De acordo com os ensinamentos de Silva e Esteves (2018):

Embora sejam titulares da relação jurídica substancial, as crianças e os adolescentes geralmente não possuem condições de exercer concretamente a postulação de seus direitos em juízo. Por essa razão, o ordenamento jurídico conferiu ao Ministério Público legitimização extraordinária para realizar a propositura e o acompanhamento das medidas judiciais que tenham como objetivo resguardar os direitos infantojuvenis (art. 201 da ECA).

Dessa forma, não se pode confundir ou reconhecer como idênticos os interesses da criança e do adolescente e o papel do Ministério Público ao ajuizar a ação de destituição do poder familiar. O primeiro, se identifica pela necessidade de ter seus interesses e direitos respeitados na relação processual. Já o segundo, busca apurar eventual descumprimento dos deveres do poder familiar, como fiscal da ordem jurídica.

Sendo assim, para a teoria democrática, há evidente conflito de interesses entre a atuação do Ministério Público e os interesses da criança. Em virtude disso, o art. 162, §4º, do ECA, seria uma violação aos arts. 9º e 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que se referem ao direito de participar ativamente de procedimentos de seu interesse, bem como desrespeita o direito ao contraditório (art. 5º, LV, da CF).

Em uma análise geral sobre o debate, é necessário frisar que, segundo o art. 4º, XI, da LC 80/94, é função da Defensoria Pública exercer a defesa dos interesses individuais da criança e do adolescente. Por se encaixar no conceito de vulnerável organizacional, as crianças e os adolescentes também serão assistidos pela Defensoria Pública, independentemente da verificação de condição de hipossuficiência financeira.

Ademais, segundo a Resolução 113/2006 do CONANDA, as Defensorias Públicas são órgãos de defesa dos direitos humanos das crianças e adolescentes, garantindo seu acesso à justiça para a proteção legal de seus interesses (art. 7º, III, da Resolução).

Além disso, como determina de forma expressa o ECA em seu art. 201, §1º, a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiros nas ações cíveis, nas mesmas hipóteses, é possível observar que não há fundamento jurídico solidificado para a manutenção da previsão trazida pelo art. 162, §4º, do ECA.

Portanto, devemos enxergar que cada instituição exerce um papel diverso mundo jurídico e que, nos casos de procedimentos de destituição do poder familiar, não há sobreposição em suas atuações caso seja designada a atuação da curadoria especial.

Nesse caso, deve ser considerada primordial a defesa dos interesses da criança e do adolescente, nos termos do princípio do maior interesse (art. 227, caput, da CF), de modo a realizar uma atuação nos processos de destituição ou suspensão do poder familiar sob a ótica do próprio infante, buscando suas verdadeiras necessidades.

CONCLUSÃO

A partir da análise e pesquisa realizada na temática, é preciso ressaltar que as crianças e os adolescentes devem ser o principal foco no procedimento de destituição do poder familiar, como indivíduos com seus direitos possivelmente violados pelas pessoas que deveriam ampará-las. Essa situação de risco apresenta verdadeira necessidade de se emvidar todos os esforços para que seus interesses sejam defendidos. E, havendo a necessidade de se designar a atuação de curador especial no procedimento, esta não pode ser obstada, justamente pela necessidade de se ouvir a opinião dos infantes e de respeitar sua autonomia e o contraditório efetivo. Sendo assim, a questão não deve ser tratada apenas como um cabo de guerra de instituições, mas aferida de modo concreto em cada caso, observando-se os interesses envolvidos na demanda.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. DOU, 16.7.1990, Brasília.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. 20 de nov. de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

ESTEVES, Diogo e Franklyn Roger Alves Silva. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

A TEORIA DOS PRECEDENTES E O APARENTE CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O DINAMISMO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

PRISCILLA PEREIRA OLIVEIRA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Única e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente estudo pretende promover uma breve reflexão acerca da aplicação da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e do aparente conflito entre o princípio da segurança jurídica e a dinamicidade do direito jurisprudencial. Nesse sentido, a presente pesquisa busca explorar, a partir de análises sobre as disposições constitucionais, legais, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, as nuances que envolvem os *sistemas civil law* e *common law*, especialmente no que se refere à aplicação da jurisprudência com força vinculante.

Palavras Chave: *Civil law. Common Law.* Teoria dos Precedentes. Jurisprudência. Dinamismo. Segurança jurídica.

ABSTRACT: The present study intends to promote a brief reflection on the application of the theory of precedents in the Brazilian legal system and the apparent conflict between the principle of legal certainty and the dynamics of jurisprudential law. In this sense, the present research seeks to explore, based on analyzes of constitutional, legal, doctrinal and jurisprudential positions, the nuances that involve the civil law and common law systems, especially with regard to the application of jurisprudence with binding force.

Keywords: Civil law. Common Law. Theory of Precedent. Jurisprudence. Dynamism. Legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

Numa abordagem histórica aprofundada, sabe-se da existência de uma doutrina de precedentes na tradição jurídica do *common law*, razão pela qual se faz-se necessário verificar as razões pelas quais os países filiados à tradição jurídica do *civil law* rejeitaram o reconhecimento de valor jurídico aos precedentes.

Contudo, eventos históricos relevantes e alguns pensamentos correntes influenciaram profundamente essas tradições.

A temática aborda a visão acerca da justiça na atualidade em razão dos contrastes jurisprudenciais que afetam a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito.

A aplicação dos precedentes permite que seja dada uma interpretação que se adequa às exigências sociais e econômicas da sociedade. Além disso, por meio da aplicação daqueles é possível minimizar a imprevisibilidade quanto à resolução dos litígios.

É certo que a jurisprudência não pode apresentar um caráter estável. Todavia, não se pode aceitar que a alteração da jurisprudência, sobretudo perante os tribunais superiores, chegue ao ponto de comprometer a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário.

Assim, é exigido dos operadores do direito que seja feita uma análise, à luz do caso concreto, para que se possa verificar se as razões da mudança de orientação do precedente podem sobrepor-se às razões da estabilidade e previsibilidade das decisões.

Em relação à presente investigação, esta utilizou o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de jurisprudências e referenciais teóricos, tomando por base as posições doutrinárias mais atuais.

2. OS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O sistema da *common law* é fundamentado em precedentes, ao passo que o direito do sistema romano-germânico está especialmente assentado na lei. Os principais países que pertencem à tradição jurídica do *common law* são Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago e Barbados. Os Estados Unidos, salvo o Estado da Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *common law* (SOARES, 2000, p. 52).

A distinção entre as duas famílias (*common law* e *civil law*) não está no conteúdo do Direito, que, em razão de próximas afinidades econômicas, culturais e políticas, é análogo nos aspectos gerais, mas sim, a distinção reside na forma de individualização dos direitos. Marcelo Almeida apresenta como “principal distinção entre os dois modelos é a de que o sistema da *common law* caracteriza-se pelo direito costumeiro, desenvolvido pelos tribunais, enquanto que o da *civil law* caracteriza-se pelo direito escrito” (ALMEIDA, 2022, p. 62).

Disso deriva que tradicionalmente a lógica judiciária, no primeiro caso, é do tipo indutivo, isto é, de casos individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada para casos futuros. Nessa perspectiva, serve o processo de instrumento técnico para a constituição do próprio direito.

Já no segundo caso, a lógica judiciária é do tipo dedutivo, uma vez que da regra geral, que é a lei, deduz-se uma regra particular ao caso concreto, valendo-se como instrumento do Direito a legislação. Essa tem sido a fundamental e clássica distinção entre as duas tradições jurídicas, ao menos no que se refere às fontes do direito. Sobre o tema Juliana Cristina Luvizotto destaca que:

Distingue-se, ainda, a forma como os diferentes países que integram a tradição jurídica do *common law* relacionam os precedentes com o *statute law*, a lei escrita, e essa diferença fica evidente, por exemplo, ao se comparar os Estados Unidos, em que a influência do direito escrito é avassaladora e tem uma posição de criação do direito, muito mais vinculante que a Inglaterra, embora se possa dizer que em ambos os países o *case law* continue a ser a espinha dorsal do sistema. Observe-se, ainda, que os Estados Unidos possui uma Constituição escrita e rígida, diferentemente da Inglaterra. Pode-se afirmar que nos países do *common law* um único julgado é considerado como precedente, declarando a existência de uma norma jurídica para o caso, e é a partir deste caso que se extrai a regra para ser aplicada nos casos posteriores (LUVIZOTTO, 2017, p. 26).

Também, importante acrescentar a existência de alguns elementos constitutivos do sistema da *common law* que o particularizam frente ao sistema da *civil law*, quais sejam, a presença de um Poder Judiciário compacto, composto de um número menor de juízes, cujas decisões gozam de maior prestígio e autoridade; a diversa formação profissional dos juízes; a possibilidade de as cortes supremas selecionarem os casos a serem decididos, o que representa um volume muito inferior de trabalho, entre outros.

No que concerne aos efeitos dos precedentes, o sistema europeu-continental funda-se sobre a autoridade da coisa julgada, motivo pelo qual a força jurídica da sentença afeta somente as partes, não excedendo o caso concreto. Em regra, os precedentes não produzem efeitos contra todos, tendo somente força persuasiva, ainda que, muitas vezes, na prática, sejam observados. Já o sistema anglo-saxão observa a coisa julgada com os seus efeitos subjetivos limitados às partes, baseando-se na doutrina do *stare decisis*, tendo os precedentes força vinculante contra todos (DAVID, 2002, p. 356-357).

Em razão disso, a experiência do sistema da *common law* é um ponto de partida imprescindível, pelo fato de ser nela que os operadores do Direito acabaram

desenvolvendo uma larga gama de termos e conceitos para discussão e análise dos precedentes.

No que diz respeito às razões determinantes da sua instituição, infere-se que o objetivo do *stare decisis* foi restringir a discricionariedade judicial, evitando-se incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na prestação jurisdicional, com o desígnio de buscar maior segurança jurídica na aplicação do direito. Não resta dúvida de que o princípio do vínculo aos precedentes (*stare decisis*) representa limite à criação judiciária e promove a estabilidade do direito (CAPPELLETTI, 1993, p. 84).

Com a instituição do caráter vinculativo dos precedentes, tornou-se possível limitar o papel político da atividade judicial. Ainda assim, é preciso reconhecer que a atividade jurisprudencial, na tradição anglo-saxônica, ainda confere maior poder ao juiz, que aplica o direito como argumento no caso concreto. Nesse sentido, a doutrina do *stare decisis* teve como objetivo que o *case law* adquirisse status de ciência, capaz de prever os resultados das controvérsias judiciais, atribuindo aos jurisdicionais certeza, uniformidade e segurança dos direitos (ALMEIDA, 2022, p. 63).

Diversamente, os ordenamentos jurídicos do sistema da *civil law*, ou puramente do Direito civil (nações sul-americanas e romano-germânicas), são caracterizados por formar um conjunto sistemático de regras lógicas, fechadas e rígidas. Nesse sistema, toda a espécie de questões pode e deve, teoricamente, ser resolvida pela interpretação de uma norma jurídica existente, representando o que se denomina de família de direito romano-germânica. Sua formação se deu a partir do Império Romano, passando pela influência da igreja católica e dos povos bárbaros, difundindo-se com a tradição escolar da antiguidade tardia, e por fim, consolidando-se como expressão cultural.

Na tradição romano-germânica, a fonte normativa está centrada no poder soberano, especialmente no Legislativo e, por exceção, no chefe do Poder Executivo. O julgador é o juiz-burocrata, operador lógico do direito, cuja aplicação ocorre por meio de demonstração (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 53). Sustenta-se que a lei é a fonte precípua das decisões judiciais, quer mediante a aplicação da letra expressa nos códigos, quer mediante a identificação da vontade do legislador, quando o caso não se subsume a uma hipótese prevista. O método jurídico reinante se funda na interpretação de textos escritos que sempre se supõem procedentes de um legislador (LUVIZOTTO, 2017, p. 41).

Na sua origem, o sistema da *civil law* procurou limitar a liberdade do julgador, com a adoção do princípio da legalidade e da crença que lhe é inerente, o que a *common law* buscou alcançar por meio da adoção do princípio-garantia do *due process*. A partir dessas premissas se induz que a lei escrita vincula estritamente o julgador, com o objetivo de eliminar sua vontade e, conseqüentemente, qualquer forma de arbitrariedade. Existe ainda a compreensão de que as normas jurídicas são o texto da lei, cujo sentido é dado pelo

legislador, não cabendo ao juiz construir o seu sentido, contudo, trata-se de pura ficção, apesar de ainda persistir entre os juízes continentais para encobrir o caráter criador que aflora na doutrina e nas decisões judiciais.

Logo, os precedentes, nos países de *civil law*, não têm efeito vinculante, diversamente do que ocorre nos países de *common law*. Não significa que os precedentes sejam menos importantes na tradição romano-germânica. Justamente o oposto, posto que sem caráter vinculante, as orientações jurisprudenciais desempenham papel significativo.

Hoje em dia, a referência a ementas de acórdãos, por juízes e advogados, é bem mais frequente do que a referência a alguma disposição legal, o que não deixa de representar um incremento desordenado do uso dos precedentes, provocando algumas consequências inclusive indesejáveis, ainda mais diante de tecnologias modernas, como a internet. Também não se ignora que a referência aos precedentes ocorre, maioria das vezes, de forma padronizada, limitando-se aos ementários, cujo conteúdo às vezes não corresponde exatamente à fundamentação da decisão.

Todavia, no contexto da aplicação do direito na tradição romano-germânica permanece o questionamento acerca de os precedentes serem constantemente referidos e, muitas vezes, levados em consideração sendo ausente a sua força vinculante. Alguns especialistas explicam esse fenômeno equiparando jurisprudência ao costume, como fonte do Direito (FRANÇA, 1974, p. 178-179).

3. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DOS PRECEDENTES

A doutrina situa o princípio da segurança jurídica, ou numa análise mais restrita, o da proteção da confiança, ao lado do princípio da igualdade, entre os fundamentos mais importantes da eficácia jurídica dos precedentes judiciais. Não se trata, contudo, de conceitos similares ou expressões sinônimas.

Voltando-se os olhos para proteção da confiança, trata-se de um reflexo da segurança jurídica, numa face subjetiva, aplicada à defesa dos interesses legítimos dos cidadãos nas relações jurídicas mantidas com o Poder Público.

Dessa forma, o princípio da proteção da confiança funciona como princípio e como direito fundamental individual, que apenas o privado reivindica em contraposição ao Estado. No que concerne às relações privadas, o princípio da proteção da confiança teria como equivalente o princípio da boa-fé (DERZI, 2009, p. 395).

O princípio da segurança pode ser analisado nas dimensões objetiva e subjetiva. Em uma perspectiva objetiva, recai esta sobre a ordem jurídica objetivamente considerada,

exigindo-se determinados atributos que a qualificam. Pode-se destacar-se, nessa direção, a irretroatividade das leis, a previsibilidade dos atos estatais, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Quanto à perspectiva subjetiva, a segurança jurídica refere-se às relações mantidas entre os cidadãos em si e entre os cidadãos e o Poder Público. Sobressai-se, aqui, a proteção da confiança e das expectativas legítimas.

Nesse aspecto, pois, a segurança jurídica está vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, a qual não será respeitada e resguardada quando as pessoas sejam atingidas por certo nível de instabilidade jurídica, razão pela qual não terão condições de confiar nas instituições sociais e estatais e nas próprias posições jurídicas.

4. A TEORIA NORMATIVA DOS PRECEDENTES

O entendimento desenvolvido a partir de leis ou de precedentes judiciais não diferencia em natureza, posto que tanto as leis como os precedentes precisam ser interpretados, estando sujeitos a um comum processo de desenvolvimento (WAMBIER, 2010). Além disso, a atividade de interpretação, em ambos os casos, compõem-se de atos de vontade, de escolhas e juízos de valor, nem passando perto de ser indiferente a cada conteúdo da experiência.

Observa-se que os precedentes, na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, apresentam tanto relevância fática, quanto contribuição teórica ao direito, pois segundo o jus-filósofo alemão “uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais” (ALEXY, 2005, p. 264).

A doutrina majoritária reconhece a importância dos precedentes na aplicação do direito como guias orientadores da decisão adequada. Sobre sua essência, tem-se que o fundamento da orientação não é propriamente a experiência, uma vez que argumentar mediante o uso de precedentes não é o mesmo que argumentar com base na valoração do que a experiência ensinou ou com base no costume. Se assim fosse, não teria valor ou sentido a doutrina do *stare decisis*. Tomando-se uma decisão com base em um precedente, considera-se sobremaneira relevante o fato de a decisão ter sido proferida anteriormente, o que nem sempre mostra boas decisões.

Por meio da operacionalidade dos precedentes, é possível minimizar a imprevisibilidade da resolução da controvérsia frente ao órgão jurisdicional, tendo em vista que se busca a melhor decisão com base em critérios racionais, afastando-se outras decisões possíveis, contudo não aceitáveis.

O ordenamento jurídico brasileiro tem sido permeável à utilização dos precedentes judiciais na fundamentação das decisões judiciais, havendo extensa doutrina e

jurisprudência que há tempos já o reconhecia, conforme decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça (LUVIZOTTO, 2017, p.30). Nesse sentido, Carlos Maximiliano, José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Guilherme Marinoni, Maurício Ramires, Adriana de Moraes Vojvodic, Rodolfo de Camarco Mancuso.

Restou evidente que o precedente judicial, em qualquer sistema jurídico contemporâneo, é um dos elementos centrais do Estado Democrático de Direito, ao passo que garante o respeito a certos princípios de maior relevância no campo da aplicação das normas, tais como a igualdade na aplicação da lei, a proteção da confiança e a proibição da arbitrariedade.

5. A BUSCA PELO EQUILÍBRIO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

Entre as questões problemáticas contidas na teoria dos precedentes judiciais está o fato de encontrar equilíbrio entre a segurança jurídica e o desenvolvimento do Direito, conflito expresso pela antítese entre previsibilidade e adaptação, representado pelas necessidades opostas da estabilidade e do progresso. É nesse aspecto que surge o questionamento, se é preferível a segurança jurídica ou o desenvolvimento do Direito.

Convive o Direito, inevitavelmente, com essas duas necessidades no plano material bem como no processual, uma vez que a finalidade da jurisdição não é somente a de acabar com os litígios, mas a de fazê-lo de forma justa. Essa característica revela o que Jürgen Habermas chama de “tensão entre facticidade e validade” imanente ao Direito. “Manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas” (HABERMAS, 2003, p. 245).

Em síntese, parte-se da premissa de que a evolução é inerente ao Direito, tendo em vista que se busca a realização da justiça, função esta atribuída essencialmente à própria jurisprudência, que tem a incumbência de adaptar a ordem jurídica formulada às constantes mutações das conjunturas. Almejando essa adequação, a jurisprudência permite uma interpretação amoldada às exigências sociais por meio de juízos de valor que se revelam na realidade do momento do caso concreto.

Por essa razão, a jurisprudência não pode apresentar um caráter imóvel frente as normas jurídicas. O que não se pode aceitar, por outro lado, é que a alteração da jurisprudência, sobretudo perante os tribunais superiores, chegue ao ponto de comprometer a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário. A questão, portanto, parece estar na identificação de alguns limites orientadores que, se existentes, precisam restar assentados.

É forçoso reconhecer, antecipadamente, que não é tarefa fácil estabelecer quando se deve buscar o resultado previsível e quando, ao contrário, deve-se modificar o entendimento na busca do resultado ideal ao caso sob julgamento. A esse respeito salienta Almiro do Couto e Silva:

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público (SILVA, 2005, p. 37).

A existência desse conflito permanente é revelada pela própria história do Direito e nem sempre foi resolvido de maneira uniforme. A título de exemplo, a história moderna confirma que a segurança jurídica foi um dos grandes objetivos da Revolução Francesa, impondo-se o império da lei frente ao juiz, cuja função era apenas de reconhecer a vontade do legislador. Era o primado da legislação sobre a jurisdição, gerando uma jurisprudência mecânica e não criativa, consequência de uma exigência de certeza (PEREIRA, 2021, p. 136).

Após dois séculos, esse modelo restou superado. Atualmente o juiz tem assegurado um poder "criador" do direito, reconhecendo-lhe uma margem discricionária na interpretação/aplicação das normas jurídicas. Passa-se ao primado do direito justo, apropriado à realidade, conduzindo o juiz a uma posição em que a sua atividade complementa a tarefa iniciada pelo legislador. Porém, o aspecto negativo é que restou a segurança jurídica relegada a um segundo plano, gerando, frequentemente, uma jurisprudência desuniforme e inconstante, sujeita a critérios subjetivos em busca de um objetivo nobre, a justiça (DUARTE, 2021, p. 162).

A teoria do precedente tem como grande desafio encontrar essa adequada combinação, entre o novo e o velho dentro do Estado. Nesse panorama, mister ter o juiz boa dose aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. Antes de negar a possibilidade de qualquer antagonismo, deve-se buscar a harmonização, pois não há espaço para justiça senão através da segurança jurídica (KNIJNIK, 1995, p. 217).

Exige-se, portanto, o exame para constatar se as razões da mudança de orientação podem sobrepor-se às razões da consistência, estabilidade e previsibilidade das decisões, o que deve ser empreendido com reflexão racional.

Por último, acrescenta-se que devem os questionamentos e os aperfeiçoamentos justificar-se. Além do mais, sendo reconhecida a necessidade de mudança, também é preciso discipliná-la de forma a minorar ao máximo os seus efeitos negativos.

O ponto de partida na busca dessa disciplina deve ser o reconhecimento de que a jurisprudência exerce um papel significativo na evolução do Direito. Não seria correto utilizar a teoria dos precedentes para impedir o desenvolvimento do ordenamento jurídico em compasso com a evolução histórica. Não se pode “confundir a segurança jurídica com a ‘ideologia’ da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social” (AZEVEDO, 1995, p. 14). Nesse seguimento, a manutenção ofuscada do status quo e o excesso de previsibilidade seriam nocivos ao sistema.

Não pode, pois, o sistema inviabilizar essa prática e também não pode chegar ao extremo de estabelecer sanções ao descumprimento de um dever de acatamento das decisões dos tribunais superiores em razão de um princípio hierárquico. Todavia, é inegável que, hoje, o fenômeno da criação da jurisprudência decorre, especialmente, das funções exercidas pelas cortes superiores, cujas decisões, por sua autoridade intrínseca, têm o fim de uniformizar entendimentos, bem como estabelecer novos precedentes, tidos como paradigmáticos à decisão de casos futuros equivalentes.

Espontaneamente esse feito da teoria dos precedentes não passou despercebido da *common law*, que, em certo período, diminuiu o rigor do princípio do *stare decisis*, visto que reconheceu que a segurança jurídica não significa garantia de previsão absoluta.

A questão é que o desenvolvimento do Direito mediante a interpretação dos juízes pode provocar uma multiplicidade de critérios interpretativos, o que acabaria por afetar a própria segurança jurídica. Assim sendo, deve-se buscar um direito jurisprudencial que não aplique, de forma excessivamente rígida, a regra do *stare decisis*, tendo um “potencial de flexibilidade, de concretude e de adaptabilidade às circunstâncias imprevisíveis do caso” (CAPPELLETTI, 1993, p. 85).

Na crise entre a estabilidade e a flexibilidade do Direito, o precedente surge como o terreno seguro entre o culto do passado e a consagração do presente, com o propósito de alcançar a medida exata de previsibilidade. A pretensão é a mediação racional entre a exigência de estabilidade e a exigência de transformação, sem incorrer em construções formais de grande abstração, em detrimento da riqueza dos casos concretos (MARTINS, 2021, p. 457-459).

Almejando o equilíbrio entre segurança jurídica e desenvolvimento do Direito, a teoria dos precedentes não pode impedir a ocorrência de contrastes diacrônicos, desde que não sejam repetitivos e numerosos. De fato, deve-se evitar a ocorrência de contrastes simultâneos, ou seja, orientações divergentes que coexistem no tempo, porque estas são impresumíveis (FARIA, 2004, p. 20).

Logo, o objetivo a ser alcançado é a “segurança do movimento” ou “estabilidade com mudança”, para que o Direito seja estável, contudo não permaneça inerte. Noutras palavras, o que se deve evitar é a petrificação do Direito, em razão da sublimação da segurança jurídica, não permitindo que a modificação do Direito seja livre de quaisquer peias, o que equivale à segurança jurídica não em uma perspectiva estática, mas sim dinâmica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o precedente, seja ele vertical ou horizontal, tem um valor dentro e fora do processo, contudo, não pode esse valor ser considerado absoluto, sendo relativo e se modelando diversamente, conforme as variações da realidade histórica e política.

No exame em questão não seria diferente pelo fato de os princípios, na sua essência, não traduzirem preceitos, senão valores que, por natureza, são elásticos, sem contornos e limites precisos.

Em consequência, o valor da segurança jurídica, como qualquer outro, não pode ser absoluto, uma vez que a previsibilidade não é evidente e inderrogável. Comporta-se de valor que deve ser sopesado por elementos cognitivos e controláveis, buscando a encontrar um equilíbrio entre a rigidez e a incerteza. O que não se pode admitir é que o valor da segurança jurídica implique, por exemplo, “manutenção cega e indiscriminada do *status quo*”.

É indubitável, por consequência, que, frente a mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista para o direito fundamental principiológico, deixou a segurança jurídica de ser estática e passou a conviver com um Direito muito mais flexível e menos rígido.

Objetiva-se, assim, uma ideologia de interpretação do direito que permita a atualização do direito, sem violar a segurança jurídica. Em outras palavras, almeja-se alcançar um equilíbrio entre a ideologia estática e a ideologia dinâmica da interpretação jurídica.

Levando a análise ao objeto desta pesquisa, a teoria dos precedentes deve atuar no equilíbrio entre a segurança jurídica com a manutenção do *status quo* e a efetividade mediante o necessário desenvolvimento do Direito.

Nesse ponto, deve-se buscar na teoria dos precedentes a inspiração pela segurança jurídica, não deixando de lado a efetividade, que deve ser o foco na preparação e outorga da tutela jurisdicional, tendendo a acabar com o conflito, legitimamente, ante a sociedade civil.

Nesse cenário, a teoria dos precedentes assessora o encontro do ponto intermediário, produto do temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade e as exigências de flexibilidade e adaptabilidade às mudanças, em uma apropriada proporcionalidade entre a segurança jurídica e o desenvolvimento do Direito. Dessa forma, a segurança jurídica exige que seja ordenada a alteração dos precedentes, para que a manutenção da estabilidade possa coexistir com a capacidade de mudança intrínseca ao desenvolvimento da jurisprudência.

Entre esses dois pontos, busca-se encontrar um equilíbrio, que, entre tantos mecanismos, deve ser conquistado com a aplicação dos precedentes dos tribunais superiores em casos equivalentes, esfera em que existe uma necessidade de segurança jurídica mais elevada em busca da ordem desejada. No caso de ser ultrapassado um precedente, o juízo deve motivar de maneira correta sua decisão. Além do mais, é possível adotar efeitos prospectivos à modificação jurisprudencial que afeta a sociedade de um modo geral.

De todo o exposto, infere-se que, na tensão entre a estabilidade e a adequação da atividade judicial, adota-se o modelo judicial que assegure, mediante a teoria dos precedentes, a previsibilidade da aplicação do direito e sancione, dentro do razoável, mudanças de critério ou de interpretação na justiça do caso concreto.

Deve o Direito adequar-se às novas realidades. Porém, deve a inovação impactar minimamente as relações jurídicas passadas que se delongaram no tempo ou que dependem das consequências de eventos futuros previstos.

Dessa maneira, não se espera que tenham as partes sempre condições de presumir como será a decisão de um processo, logo, o que se ambiciona é uma surpresa na menor medida, posto que tal é recomendação da racionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Mário Soares de. **Jurisprudência e Racionalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira, Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais**. 2. edição revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.308-309

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Poder Judiciário e justiça social. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 63, p. 5-16, mar. 1995.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 63. p.206-210, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERYJUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão de 1999. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 61. p. 74-90, 1994. p. 86

CORDEIRO, António Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. Tradução DUARTE, Fernando Mello. **Introdução ao Estudo dos Precedentes**. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito "ex nunc" e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 35, p. 205-251, 1995.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes Administrativos & a Vinculação da Atividade Administrativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS, Luiz Fernando V. **Segurança Jurídica: da súmula vinculante ao sistema de precedentes**. In: Segurança Jurídica e Estado de Direito. Organizadores: Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky e Marcus Vinicius Furtado Coêlho (orgs). Curitiba: Juruá Editora, 2021.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MELO, Gabriela Fonseca de. **Precedente Judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2022.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 155, p. 11-26, jan. 2008.
- PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Segurança Jurídica, certeza do Direito e Tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

A DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS SOCIEDADES E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

LUISA LEMOS FERREIRA:

Advogada. Graduação na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pós-Graduação em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Jesus.

RESUMO: A dissolução de uma sociedade pode ser total, quando a sociedade é extinta, ou parcial, quando um ou alguns dos sócios saem da sociedade, que é preservada. Na hipótese de dissolução parcial, a consequência é a conservação da atividade empresarial, dando-se plena aplicabilidade ao princípio da preservação da empresa. O mencionado princípio significa a conservação do exercício da empresa em razão dos diversos interesses coletivos que transcendem as pretensões individuais dos sócios e empreendedores. Faz-se imprescindível, portanto, a análise de como o princípio da preservação da empresa foi aplicado na estruturação do instituto da dissolução parcial da sociedade e como tem sido aplicado pela jurisprudência nas ações que versam sobre essa modalidade de dissolução.

Palavras-chave: dissolução parcial; princípios; preservação da empresa.

ABSTRACT: The dissolution of a company may be total, when the society is extinguished, or partial, when one or a few partners leave society, which is preserved. In case of partial dissolution, the consequence is the conservation of the company, given full applicability to the company's preservation principle. The mentioned principle means the conservation of business activity because of the many collective interests that transcends the associate's individual pretensions. Therefore, it is necessary to analyze of how the preservation company principle contributed to the structuring of the company's partial dissolution institute and how it is been used by the jurisprudence on the actions that manages this dissolution modality.

Keywords: partial dissolution; principles; company preservation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 2 – A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. 2.1- Do processamento da ação de dissolução parcial de sociedade. 2.2 - Legitimados à propositura da ação. 2.3 - Dissolução Parcial de Sociedade Anônima. 3 - O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS SOCIEDADES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O princípio da preservação da empresa possui especial relevância no atual direito comercial, sobretudo em razão da observância dos inúmeros interesses que circundam a exploração de uma atividade comercial e do impacto positivo que ela gera a toda a sociedade.

A existência de conflitos de interesses em uma empresa pode ensejar a quebra do vínculo de fidelidade, ou seja, da *affectio societatis* entre os seus sócios e/ou sucessores. Diante de tal situação, existem duas saídas para a sociedade empresária: a primeira é a dissolução de todos os vínculos contratuais, culminando na inexistência da referida sociedade. A esta solução dá-se o nome de dissolução total. A dissolução parcial é a que está em consonância com o princípio da preservação da empresa, na medida em que concilia a solução do conflito e a continuidade da atividade.

No primeiro capítulo será analisado o princípio da preservação da empresa, sua importância e sua aplicabilidade prática, sendo tecidas considerações doutrinárias relevantes acerca do referido princípio.

No segundo capítulo, será realizada a análise do instituto da dissolução parcial da sociedade, procedendo-se a uma abordagem histórica acerca do tema, dos dispositivos legais relacionados e da doutrina correspondente.

No terceiro capítulo, por fim, será analisada a incidência do princípio da preservação da empresa no desenvolvimento do instituto da ação de dissolução parcial da sociedade, bem como na construção jurisprudencial acerca da referida ação. Objetiva-se, portanto, verificar em que medida o princípio influenciou e impacta a temática da dissolução parcial de empresas.

1 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O princípio da preservação da empresa trouxe, ao direito empresarial, a tendência de sempre procurar conservar a atividade empresarial, trazendo a dissolução como *ultima ratio*, já que sua preservação afeta não só os seus sócios, como também a sociedade em si. Neste sentido,

Em decorrência deste princípio, considera-se que os assuntos particulares dos sócios, seus atos ilícitos, sua inaptidão para a vida de empreendedor, seus desentendimentos, devem ser equacionados e solucionados juridicamente com o mínimo de comprometimento da atividade econômica explorada pela sociedade. Este princípio, o da preservação da empresa, não pode ser ignorado, nos dias correntes,

no estudo de qualquer questão de direito societário. Assim é, também, na dissolução.¹⁵⁰

No princípio da preservação da empresa, o valor prestigiado é o da conservação da atividade

“em virtude de uma gama de interesses que transcendem os donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros”¹⁵¹

O princípio da preservação da empresa tem sido utilizado pela jurisprudência a para fundamentar decisões relacionadas à falência, recuperação de empresas e dissolução de sociedades.

De acordo com Fabio Ulhoa Coelho, foi em razão desse princípio que a doutrina e a jurisprudência, antes da vigência do atual Código Civil, criaram o instituto da dissolução parcial da sociedade empresarial, até então não regulamentado pelo Código de Processo Civil.

Não obstante, exige-se cautela para que a aplicação do princípio não provoque sua banalização:

“Muitas vezes atividades empresariais devem mesmo ser encerradas, e nesses casos impedir a falência do empresário ou da sociedade empresária contraria a ordem espontânea do mercado (...). O princípio da preservação da empresa é uma construção importante, mas sua aplicação deve limitar-se à situações em que o próprio mercado, espontaneamente, encontra soluções para a crise de um agente econômico, em bases consensuais”¹⁵²

A jurisprudência do STJ tem aplicado o princípio da preservação da empresa em inúmeros julgados. Recentemente, utilizou-se do referido princípio ao decidir que associações civis sem fins lucrativos, com finalidade e atividades econômicas, detêm legitimidade para requerer recuperação judicial:

¹⁵⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa. 28. ed. p. 100.

¹⁵¹ Ibid., p. 16.

¹⁵² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 57.

“Portanto, apesar de realmente haver posicionamentos doutrinários em sentido contrário, assinalo que também há diversas doutrinas especializadas defendendo, com substrato nos princípios e objetivos insculpidos no art. 47 da LREF, a possibilidade de se efetivar uma leitura sistêmica dos arts. 1º e 2º, de modo que, em interpretação finalística da norma fulcrada nos princípios da preservação da empresa e de sua função social, reconhecem como possível a extensão do instituto da recuperação judicial a entidades que também exerçam atividade econômica, gerando riqueza e, na maioria das vezes, bem-estar social, apesar de não se enquadrarem literalmente no conceito de empresa”¹⁵³

Desta forma, em consideração não só ao princípio da preservação da empresa como também ao princípio da função social, os magistrados passaram a possibilitar a retirada do sócio de uma empresa com a devida apuração de seus haveres sem que ocorresse a dissolução total da mesma.

Nesse sentido, nas lições de André Luiz Santa Cruz Ramos, é preciso compreender que, como a propriedade dos bens de produção está sujeita ao cumprimento de uma função social, nos termos do art. 5º, XXIII, da CF/1988, o exercício da empresa também deve cumprir uma função social específica. Essa função, portanto, estará satisfeita quando houver a criação de empregos, geração de riqueza, respeito ao meio ambiente e aos direitos dos consumidores.¹⁵⁴

Diante de todo o exposto, depreende-se que a tendência atual do direito comercial é a de procurar preservar a empresa. Fabio Ulhoa aduz que, em razão dos múltiplos interesses que gravitam em torno da produção e circulação de bens e serviços, reservadas à empresa, a sua existência deixa de ser assunto de exclusivo dos investidores e empreendedores. Assim, para ele, os mecanismos legais voltados ao reerguimento econômico da empresa insolvente, que o legislador instituiu na Lei de Falências, possuem o objetivo de atender a esses interesses.

Ulhoa exemplifica ainda com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que possibilita a coibição de fraudes perpetradas por meio da separação patrimonial sem comprometimento da exploração da atividade econômica da empresa.

153 BRASIL. Agravo interno no Pedido de Tutela Provisória nº 3.654 – RS. Relator p/ acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 15/03/2022.

154 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 57.

Portanto, em decorrência do princípio da preservação da empresa,

“considera-se que os assuntos particulares dos sócios, seus atos ilícitos, sua inaptidão para a vida de empreendedor, seus desentendimentos, devem ser equacionados e solucionados juridicamente com o mínimo de comprometimento da atividade econômica explorada pela sociedade. Este princípio, o da preservação da empresa, não pode ser ignorado, nos dias correntes, no estudo de qualquer questão de direito societário. Assim é, também, na dissolução”¹⁵⁵

2 – A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A dissolução de uma sociedade pode ser total, quando a sociedade é extinta, ou parcial, quando um ou alguns dos sócios saem da sociedade, a qual é preservada.

O Código de Processo Civil de 1939 disciplinou apenas a dissolução total das sociedades em seus artigos 655 a 674. Em contrapartida, o Código de Processo Civil de 1973 não disciplinou a ação de dissolução das sociedades empresárias. Diante da omissão da referida Lei, os artigos referentes à dissolução total disciplinados no Código de 1939 passaram a ter aplicabilidade durante a vigência do Código de 1973 para regular a mencionada ação de dissolução. A vigência desses dispositivos foi possibilitada a partir do permissivo previsto no art. 1218, VI, do Código Civil, que dispunha:

Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: [...] VII - à dissolução e liquidação das sociedades (arts. 655 a 674).

Neste sentido, a jurisprudência, aliada à doutrina, foi um instrumento que passou a reconhecer e disciplinar a ação de dissolução parcial, não regulada pelo pretérito Código de 1973.

O Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 599 a 609, passou a regulamentar a ação de dissolução parcial da sociedade, positivando a jurisprudência que já dispunha sobre o assunto não tratado pelos Códigos anteriores.

O Código Civil de 2002, ao entrar em vigor, passou a tratar da dissolução parcial da sociedade em seus arts. 1.028 a 1.032, 1.085 e 1.086, denominando-a de “resolução da sociedade em relação a um sócio”.

¹⁵⁵ Ibid.

O artigo 1.028 do Código Civil dispõe sobre as hipóteses de dissolução parcial: se o contrato dispuser diferentemente; se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; se, por acordo com herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Nesse caso, não se nomeia liquidante, bastando que seja indicado perito contábil para apuração de haveres. O cálculo devido ao sócio retirante, portanto, é realizado por meio do procedimento denominado apuração de haveres, disposto no artigo 1.031 do Código Civil.

A dissolução parcial da sociedade pode ser causada por: vontade dos sócios; morte do sócio; retirada de sócio; exclusão de sócio; falência de sócio e liquidação da quota a pedido de credor de sócio, conforme expressa o art. 599 do Código de Processo Civil.

O recurso Especial 613629/RJ trouxe o precedente de que a ação de dissolução parcial da sociedade segue o rito ordinário. No referido recurso, a Ministra Relator Nancy Andrichi relata que, não havendo disciplina *específica* para essas hipóteses, a única conclusão possível é a de que elas se regulam pelas regras gerais do Código de Processo Civil. Ou seja, a ação deve ser proposta pelo *procedimento ordinário* e, se não for possível decidir, no processo de conhecimento, o valor dos haveres do sócio retirante, ele deve ser determinado em *liquidação de sentença*.¹⁵⁶

2.1 Do Processamento da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade

O art. 599 do Código de Processo Civil trata do objeto da ação de dissolução de sociedade, cujas hipóteses estão previstas nos incisos do referido dispositivo.

O inciso I do mencionado artigo trata da hipótese de **resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído, ou que exerceu o direito de retirada ou recesso**.

Anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, o direito de recesso, que trata da saída motivada do sócio, tinha como fundamento o art. 1.077 do CC, que permite a retirada deste nos casos de alteração do contrato social, fusão ou incorporação da sociedade. O direito de retirada, que versa sobre a saída do sócio de forma imotivada, ou seja, quando ele não mais tem interesse na atividade empresarial, possuía respaldo no art. 1.029 do CC, que autoriza a retirada do sócio além dos casos previstos em lei ou no contrato.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 613.629/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Julgado em: 26 de setembro de 2006.

O entendimento para a possibilidade de ingressar com a ação de dissolução parcial para exclusão de sócio foi construído no sentido de que o procedimento judicial – que passou a ser regulado com o novo Código de Processo Civil - era cabível quando um dos requisitos para a exclusão extrajudicial, previstos no art. 1.085 do CC, não tivesse sido cumprido. O caso de morte de um dos sócios também possuía respaldo no art. 1.028 do Código Civil. Com relação a tal possibilidade, é importante pontuar que

A dissolução parcial é a solução jurídica que busca compatibilizar os interesses conflitantes dos sucessores de sócio morto que não desejam ingressar na sociedade ou de sócio sobrevivente, em sociedade “de pessoa”, que veta o ingresso deles. Mas inexistindo o conflito de interesses, a sociedade deve permanecer, com a cota do de cujos transferida a quem o suceder. O falecimento de sócio é causa de dissolução judicial, se não houver concordância entre as partes quanto à ocorrência de causa dissolutória (por exemplo, os sócios supérstites recusarem-se a proceder à apuração dos haveres), ou extrajudicial, quando houver essa concordância entre as partes.¹⁵⁷

Além disso, a ação de dissolução parcial da sociedade pode também ter como objeto, cumulativamente, **a apuração de haveres do sócio falecido, excluído, ou que exerceu o direito de retirada da empresa**. Quando a dissolução parcial se resolver extrajudicialmente, resta apenas a apuração de haveres, que poderá ser feita por meio judicial, tendo aí natureza meramente condenatória. A jurisprudência já reconhecia a propositura da ação de apuração de haveres, tendo tal possibilidade apenas positivada no Código de Processo Civil de 2015. Neste sentido, é de se destacar o Recurso Especial nº 958.116/PR, em que o Relator pontua a importância da ação de apuração de haveres. Nas palavras do Ministro João Otávio de Noronha:

Deve-se considerar que, operada a resolução da sociedade em relação a um sócio, ele deve exercer seu direito patrimonial inerente à condição de sócio, pleiteando o recebimento de sua parte do patrimônio da sociedade, pois, ao ter contribuído para o capital social e adquirido a qualidade de sócio, passou a ser titular de um direito potencial de crédito. Assim, havendo a dissolução de seu vínculo com a sociedade, faz jus à liquidação da sua cota, que representa uma parte do patrimônio da sociedade. Para tanto, avalia-se o patrimônio

157 COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial, 13. ed rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 172.

da sociedade a fim de se definir o quinhão que toca a cada um dos sócios, inclusive àquele que se afastou.¹⁵⁸

Nas hipóteses do inciso I e II, o legislador apontou a cumulação de pedidos para a mesma demanda.

Em contrapartida, o inciso III aponta para a possibilidade de formulação do pedido de resolução ou apuração de haveres, de forma alternativa, sem qualquer especificação de condições para sua utilização.

2.2 Legitimados à propositura da ação

Quanto à legitimidade ativa para a ação de dissolução parcial das sociedades, o atual Código de Processo Civil positivou o que já dispunham as normas pretéritas acerca do tema, conforme já mencionado no tópico 3.2. Neste sentido, quanto à legitimidade do espólio do sócio falecido prevista no inciso I do art. 600, esta já era aplicada pelos tribunais a partir da disposição do art. 1.028 CC. As hipóteses dos incisos I e II, igualmente, já eram permitidas na jurisprudência pátria anterior ao contemporâneo Código de Processo Civil.

O inciso IV trata da legitimidade ativa do sócio que exerce direito de retirada ou recesso, o que reitera e complementa o disposto no art. 1.029, bem como no art. 1.077 do Código Civil. Neste sentido, a jurisprudência já se manifestava no sentido de que a ação de dissolução parcial poderia ser proposta pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso quando não tiver sido providenciada a alteração contratual consensual pelos demais sócios. Vejamos:

SOCIEDADE COMERCIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL. I - A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DEVE SER PROMOVIDA PELO SOCIO RETIRANTE CONTRA A SOCIEDADE E OS SOCIOS REMANESCENTES, EM LITISCONSORCIO NECESSARIO. II - DECIDINDO AS INSTANCIAS ORDINARIAS INEXISTIR PREVISÃO CONTRATUAL PARA A RETIRADA MOTIVADA, APLICA-SE A REGRA DO ARTIGO 668 DO CPC/39, EM VIGOR POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 1.218, VII DO CPC/73, A FIM DE SER EFETUADA A APURAÇÃO DOS HAVERES NA FORMA DETERMINADA NA SENTENÇA, ATRAVES DE BALANÇO ESPECIAL E PAGAMENTO EM UMA UNICA PARCELA. III - INCLUI-SE O FUNDO DE COMERCIO E O FUNDO DE RESERVA INSTITUIDO PELA VONTADE DOS SOCIOS,

158 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 958.116/PR. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 22 de maio de 2012.

ENTRE OS HAVERES A SEREM CONSIDERADOS NO BALANÇO ESPECIAL. IV - ESTABELECIDO O LITIGIO ENTRE AS PARTES, EMBORA CONCORDEM OS REUS COM A RETIRADA DOS AUTORES, CABE A IMPOSIÇÃO DOS ONUS DA SUCUMBENCIA SOBRE OS REUS, QUE RECONHECERAM PARTE DO PEDIDO DOS AUTORES, E FICARAM VENCIDOS QUANTO AO RESTANTE. ARTS. 20 E 26 DO CPC. RECURSO CONHECIDO, EM PARTE, PELA DIVERGENCIA, MAS IMPROVIDO.

O inciso V versa sobre a legitimidade da sociedade em propor a ação de dissolução, nas hipóteses em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial. É de se ressaltar que o art. 1.030 do CC dispõe sobre a possibilidade de o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa **da maioria dos demais sócios**, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. Agora há a autorização de a própria sociedade empresária propor a ação, e não apenas a maioria dos sócios.

2.3 Dissolução Parcial De Sociedade Anônima

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior ao Código de Processo Civil era de que o pedido de dissolução parcial de sociedade anônima era juridicamente impossível. A jurisprudência pátria não admitia, durante muito tempo, a figura da dissolução parcial nas sociedades anônimas, em razão da ausência de *affectio societatis* em sociedades de capitais.

Neste sentido, aduzia-se que o instituto que se aplica às sociedades pessoais, especialmente as por quotas de responsabilidade limitada, e não às impessoais. Outro argumento utilizado era de que a possibilidade de recesso do acionista limitava-se às hipóteses constantes do art. 137 da Lei 6.404/76, o que impossibilitava a prática da dissolução parcial neste tipo societário. No Recurso Especial 419.174 – SP, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça manifestou o entendimento de não ser possível a dissolução parcial nas sociedades anônimas de capital fechado¹⁵⁹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê, por exemplo, do julgamento do Recurso Especial 917.531 – RS, passou a possibilitar a extensão do referido instituto às sociedades "circunstancialmente" anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais (*affectio societatis*). Nesta toada seguiu o

159 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 419.174 – SP. Terceira Turma. Relator: Carlos Alberto Menezes. Julgado em: 03 de dezembro de 2002.

juízo de julgamento do Recurso Especial 111.294 – PR160 e do Recurso Especial 507.490 - RJ161, que admitiram a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima familiar:

I - RECURSO ESPECIAL. -SOCIEDADE ANÔNIMA - PEDIDO DE DISSOLUÇÃO INTEGRAL - SENTENÇA QUE DECRETA DISSOLUÇÃO PARCIAL E DETERMINA A APURAÇÃO DE HAVERES.- JULGAMENTO EXTRA PETITA - INEXISTÊNCIA. - Não é extra petita a sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade anônima quando o autor pede sua dissolução integral. II - PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DO AUTOR. CONTROVÉRSIA. DEFINIÇÃO POSTERGADA À FASE DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA.1. A Lei 6.404/76 exige que o pedido de dissolução da sociedade parta de quem detém pelo menos 5% do capital social. 2. Se o percentual da participação societária do autor é controvertido nos autos e sua definição foi remetida para a fase de liquidação da sentença, é impossível, em recurso especial, apreciar a alegação de ilegitimidade ativa. III - SOCIEDADE ANÔNIMA. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. 1. Normalmente não se decreta dissolução parcial de sociedade anônima: a Lei das S/A prevê formas específicas de retirada - voluntária ou não - do acionista dissidente. 2. Essa possibilidade é manifesta, quando a sociedade, embora formalmente anônima, funciona de fato como entidade familiar, em tudo semelhante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

Finalmente, o tema foi pacificado, tendo o STJ passado a entender pela possibilidade de dissolução parcial da sociedade anônima nos casos em que se verifique a presença da *affectio societatis* e a posterior quebra desse vínculo, como se verifica do julgamento do EResp 111.294/PR pela Segunda Seção.

3. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS SOCIEDADES

A dissolução parcial da empresa tem como um de seus fundamentos basilares o princípio da preservação da empresa. A aplicação da dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes após a apuração de seus haveres, é uma das soluções que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes, por exemplo, na hipótese de

160 REsp 111.294 / PR - Recurso Especial (1996/0066757-8). Relator: Ministro Barros Monteiro. Relator para Acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 19.9.2000.

161 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 507.490 – RJ. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Julgado em: 19 de setembro 2006.

retirada, com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, a fim de que não haja a necessidade de solução de continuidade da empresa, a qual prosseguirá com os sócios remanescentes.

Nas hipóteses de dissolução parcial previstas pelo Código Civil, verifica-se a influência direta do princípio da preservação da empresa. A primeira hipótese prevista no rol do artigo 1.028 é de morte de sócio. Com efeito, a morte de um dos sócios durante certo tempo configurou causa de dissolução total da sociedade. Contudo, em razão do princípio da preservação da empresa, atualmente entende-se que a morte de sócio deve incorrer tão somente na dissolução parcial da sociedade. Nesse caso, ocorrerá a apuração de haveres do sócio falecido.

O mesmo ocorreu com a hipótese do direito de retirada por parte de um dos sócios. O direito de retirada

“fundamenta-se na ideia de que ninguém é obrigado a contratar contra sua própria vontade. No entanto, esse direito do sócio não poderia acarretar sempre a dissolução total da sociedade, porque isso significaria impedir os demais sócios de continuar o vínculo contratual que os une e preservar a existência da pessoa jurídica que criaram”¹⁶²

Durante muito tempo, ele também gerou a dissolução total da sociedade. Atualmente, também permite a dissolução parcial da sociedade. Ressalte-se que, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, a jurisprudência já entendia ser possível transformar o pedido de dissolução total em dissolução parcial nos casos de exercício do direito de retirada.

A possibilidade de dissolução parcial da sociedade por ações pela jurisprudência do STJ com base na *affectio societatis*, como descrito anteriormente, ocorreu fundamentada no princípio da preservação da empresa.

Nas razões de decidir, o Ministro Castro Filho se pronunciou no sentido de que,

“porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode

¹⁶² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 484.

prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos”

E continua abordando a necessidade de incidência do mencionado princípio:

“A regra da dissolução total, nessas hipóteses, em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências - Lei nº 11.101/05, que substituiu o Decreto-lei n 7.661/45, então vigente, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo. A solução é a que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, para evitar a descontinuidade da empresa, que poderá prosseguir com os sócios remanescentes”¹⁶³

No âmbito da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que diversas decisões relacionadas à dissolução parcial foram fundamentadas no princípio da preservação da empresa.

A primeira decisão a ser destacada foi o Recurso Especial nº 1321263164, oriundo do estado do Paraná, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro. Na decisão foi decidido que é possível que sociedade anônima de capital fechado, ainda que não formada por grupos familiares, seja dissolvida parcialmente quando, a despeito de não atingir seu fim, consubstanciado no auferimento de lucros e na distribuição de dividendos aos acionistas, restar configurada a viabilidade da continuação dos negócios da companhia.

Na fundamentação do acórdão, o Ministro Relator afirma que a Lei nº 6.404/76 acolheu o princípio da preservação da empresa em seus artigos 116 e 117, por adotar a prevalência da função social e comunitária da companhia e por caracterizar como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera.

Afirma, nesse sentido, que não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em

163 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 111.294/PR, Rel. Min. Castro Filho, 2.ª Seção, j. 28.06.2006, DJ 10.09.2007.

164 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1321263-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 6/12/2016 (Info 595).

prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.

No caso em cotejo, havia certo potencial lucrativo na empresa, recomendando-se sua preservação, porém, não se pode imobilizar o capital do acionista, num negócio que em raros momentos foi lucrativo e que já não apresenta liquidez para venda das ações no mercado, impondo-se a dissolução parcial. A dissolução parcial, portanto, constitui solução menos gravosa, assegurando aos acionistas que entendem ser possível uma reviravolta na sorte da companhia a continuação de suas atividades.

Outro caso envolvendo dissolução parcial de sociedade anônima foi analisado no bojo do Recurso Especial nº 1377697, originário do estado do Amazonas. No referido recurso, a controvérsia cingia acerca da verificação de dissolução parcial de sociedade por tempo determinado, criada por força de acordo de associação firmado para a exploração do comércio brasileiro de disquetes, em razão do rompimento da *affectio societatis* e a inviabilidade da continuação do objeto social da empresa.

No julgamento, foi levantado que a jurisprudência do STJ, analisando casos similares sob a perspectiva de preservação da empresa em decorrência de sua inquestionável função social, tem entendimento no sentido de que a oposição da maioria, interessada em preservar a empresa, prevaleceria a despeito da vontade unilateral do sócio, convertendo-se a dissolução total em processo de apuração de haveres (dissolução parcial), com o pagamento, ao sócio retirante, do valor da sua quota.

No caso, contudo, foi estabelecido um *distiguishing*. Considerando as peculiaridades da demanda ora em análise, o STJ decidiu que afigura inviável a singela determinação de retirada de sócio e a consequente dissolução parcial da sociedade com amparo no princípio da preservação da empresa, pois somente a dissolução total terá o condão de atender aos interesses das partes, às deliberações judiciais já tornadas imutáveis, aos fins do extinto acordo de associação e aos ditames do ordenamento jurídico pátrio. No caso, houve uma ruptura lateral do acordo ocorrida através de notificação no ano de 1991. Uma das justificativas trazidas pelo Tribunal foi o fato de que, desde a notificação, datada de 1991, foi revogada a licença para o uso das marcas que veiculavam o próprio objeto social da empresa. Além disso, a sócia majoritária permaneceu inerte na promoção da modificação do estatuto social e apuração de haveres devidos à então sócia retirante, bem como à busca de outro parceiro comercial que pudesse viabilizar a manutenção da sociedade com outro objeto social.

Foi concluído, portanto, estar completamente esvaziada a razão da existência da sociedade, criada para viabilizar o acordo de associação antes existente entre as partes.

Assim, arremata o Ministro Relator que constitui garantia constitucionalmente estabelecida a de que ninguém é obrigado a associar-se ou manter-se associado (artigo 5º, inciso XX da Constituição Federal), razão porque, todo sócio tem o direito de retirar-se da sociedade se for de seu interesse pessoal, não podendo ser compelido a permanecer associado apenas sob a afirmação de prevalência do princípio da preservação da empresa.

CONCLUSÃO

O princípio da preservação da empresa objetiva a compatibilização entre o fim dos laços entre os sócios, que impossibilitam a preservação dos laços contratuais, e a continuidade da empresa explorada.

O princípio, portanto, teve influência direta na criação e desenvolvimento do instituto da dissolução parcial das sociedades.

Inicialmente, a dissolução parcial da sociedade possui completa e direta relação com o princípio em estudo, já que a sua realização, com a retirada dos sócios dissidentes após a apuração de seus haveres, concilia o interesse individual dos sócios ou acionistas com a função social e a utilidade da empresa, a fim de que não haja a necessidade de solução de continuidade da empresa, a qual prosseguirá com os sócios remanescentes.

Ademais, as hipóteses de dissolução da sociedade de morte e retirada dos sócios, antes previstas como causas de dissolução total, atualmente, com fundamento na preservação da empresa, ensejam tão somente a dissolução parcial da sociedade.

Verifica-se, outrossim, que a jurisprudência passou a admitir a dissolução parcial de sociedades anônimas com base no referido princípio, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, em razão da existência de previsão legal apenas acerca da dissolução total da sociedade.

Por fim, nota-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi mais além no julgamento do Recurso Especial nº 1321263165, na medida em que decidiu pela possibilidade que sociedade anônima de capital fechado seja dissolvida parcialmente a despeito de não atingir seu fim, consubstanciado no auferimento de lucros e na distribuição de dividendos aos acionistas.

A doutrina e jurisprudência têm dado cada vez aplicabilidade ao princípio da preservação da empresa na matéria de direito societário, e, especificamente, de dissolução parcial da sociedade, o que vai ao encontro da tendência de funcionalização dos institutos

165 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1321263-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 6/12/2016.

de direito privado, que devem ser lidos sob uma perspectiva civil-constitucional, considerando os interesses não só das partes contratantes, mas da coletividade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agravo interno no Pedido de Tutela Provisória nº 3.654 – RS. Relator p/ acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 15/03/2022.

BRASIL. REsp 111.294 / PR - Recurso Especial (1996/0066757-8). Relator: Ministro Barros Monteiro. Relator para Acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 19.9.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 507.490 – RJ. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Julgado em: 19 de setembro 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1321263-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 6/12/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça EREsp 111.294/PR, Rel. Min. Castro Filho, 2.ª Seção, j. 28.06.2006, DJ 10.09.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 419.174 – SP. Terceira Turma. Relator: Carlos Alberto Menezes. Julgado em: 03 de dezembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 613.629/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 26 de setembro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 958.116/PR. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 22 de maio de 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. Manuel de direito comercial, 28. ed rev. São Paulo: Saraiva.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

O CASO MÁRCIA BARBOSA: A NECESSIDADE DE UMA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL PARA O ADEQUADO TRATAMENTO JURÍDICO DO FEMINICÍDIO

CAMILA PEREIRA BARRETO:
Advogada. Graduada em Direito pela UFAL. Pós-graduanda em Direitos Humanos (CEI).

Resumo: O caso Márcia Barbosa foi a mais recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de um precedente-chave para compreender a realidade brasileira a partir das deficiências de um sistema o qual não só marginaliza mulheres, mas, particularmente, mulheres negras. Na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a ausência de dados estatísticos adequados interfere na elaboração de políticas públicas suficientes para reduzir o preocupante quadro de violência de gênero que afeta, de forma particular, mulheres negras. Assim, ainda que os avanços normativos tenham sido importantes, como se constata, por exemplo, a partir da criação da Lei Maria da Penha e da alteração legislativa do Código Penal responsável por criar a qualificadora de feminicídio, tais avanços, por si só, são insuficientes para reduzir o quadro sistemático de violência e opressão. Portanto, apenas a partir de uma perspectiva interseccional, que deve incidir, inclusive, no campo jurídico, será possível vislumbrar mudanças estruturais.

Palavras-chave: Feminicídio; Corte Interamericana de Direitos Humanos; interseccionalidade; precedentes internacionais; lei Maria da Penha.

Abstract: *The Marcia Barbosa case was the most recent conviction of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights. This is a key precedent for understanding the Brazilian reality based on the deficiencies of a system that not only marginalizes women, but specifically black women. In the view of the Inter-American Court of Human Rights, the absence of adequate statistical data interferes with the elaboration of public policies sufficient to reduce the worrying situation of gender violence that particularly affects black women. Thus, although the normative advances have been important, as can be seen, for example, from the creation of the Maria da Penha Law and the legislative amendment of the Penal Code responsible for creating the femicide qualifier, such advances, in themselves, are insufficient to reduce the systematic picture of violence and oppression. Therefore, only from an intersectional perspective, which should also affect the legal field, will it be possible to envision structural changes.*

Keywords: *Femicide; Inter-American Court of Human Rights; intersectionality; international precedents; Maria da Penha Law.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tecer algumas considerações sobre a mais recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, bem como a sua influência no tratamento jurídico dado aos crimes de feminicídio cometidos em território brasileiro.

Márcia Barbosa de Souza foi encontrada sem vida em João Pessoa, Paraíba, vítima de feminicídio. O quadro socioeconômico de Márcia Barbosa era o de uma mulher negra, de recursos econômicos escassos, oriunda de Cajazeiras, Paraíba. A vítima viajou para João Pessoa em 13 de junho de 1998, para participar em uma Convenção do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Em 17 de junho de 1998, aproximadamente às 19 horas, Márcia Barbosa recebeu uma ligação de Aécio Pereira de Lima. Em seguida, a vítima se encontrou com o então deputado estadual no Motel Trevo, na região urbana de João Pessoa, momento em que foi feita uma ligação do celular de Aécio Pereira de Lima para a residência de Márcia Barbosa em Cajazeiras, tendo os familiares da vítima a oportunidade de falar, pela última vez, com Márcia Barbosa e o parlamentar.

Posteriormente, em 18 de junho de 1998, um pedestre presenciou a retirada de um corpo sem vida de uma mulher de um veículo, e, em seguida, o descarte do cadáver em um terreno baldio no bairro Altiplano Cabo Branco.

As investigações concluíram que o corpo pertencia à Márcia Barbosa de Souza, estando presentes diversas escoriações e hematomas que apontavam para a morte por asfixia. Ainda, foram constatados sinais de agressão antes de seu falecimento. Já que os indícios apontaram para a participação de Aécio Pereira de Lima e outros quatro indivíduos, todos foram indiciados.

O fato de Aécio Pereira de Lima ser deputado estadual fez com que incidisse a norma constitucional que garantia a sua imunidade parlamentar formal. Os artigos 27, §1º, e 53, §1º, da Constituição (com redação vigente à época dos fatos) determinavam que desde a expedição do diploma os deputados estaduais não poderiam ser processados criminalmente sem prévia licença de sua casa legislativa. Contudo, a Assembleia Legislativa da Paraíba negou a autorização, por duas vezes, para o prosseguimento da ação penal.

Todavia, com a edição da Emenda Constitucional nº 35, em 2001, o artigo 53 da CRFB/88 foi alterado, de forma que o início da ação penal em crimes praticados após a diplomação deixou de exigir prévia autorização da casa legislativa, bastando que o tribunal notificasse a Casa respectiva para, pelo voto da maioria de seus membros, sustasse o andamento do processo.

Com isso, o réu foi condenado em 2007, a 16 anos de reclusão pela prática dos

crimes previstos no artigo 121, §2º, incisos II e III (quarta figura) e no artigo 211, do Código Penal. Porém, veio a falecer enquanto aguardava, em liberdade, o recurso contra a sentença condenatória.

Assim, o caso foi submetido à Corte, oportunidade em que a violência de gênero foi reconhecida como um problema estrutural no Brasil, agravado diante de recortes feitos com consideração a certas características socioeconômicas da vítima.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, particularmente, destacou como os estereótipos de gênero e raça foram utilizados, durante as investigações, para revitimizar Márcia Barbosa, trazida, pelos jornais paraibanos à época dos fatos, como prostituta e portadora de uma série de doenças mentais as quais teriam levado ao seu suicídio¹⁶⁶.

Portanto, a questão de gênero deve ser analisada sob uma perspectiva de interseção, ou seja, relacionada com outros fatores os quais, ligados à condição do gênero feminino, levam a um agravamento da situação de vulnerabilidade da mulher, fato que exige consideração para a prevenção e repressão jurídica da violência contra a mulher, sobretudo nos casos de feminicídio.

1. A intersecção entre racismo e gênero na responsabilidade internacional do Brasil no sistema interamericano

Longe de ser o primeiro caso no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o caso Márcia Barbosa sinaliza um problema estrutural. Há um histórico brasileiro significativo de responsabilização, no âmbito do sistema interamericano, pela falha em conferir um tratamento jurídico adequado aos crimes de feminicídio.

No âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso Maria da Penha Fernandes simbolizou a primeira aplicação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará) no âmbito internacional.

Em 1983, em Fortaleza, Ceará, Maria da Penha Fernandes recebeu um tiro nas costas enquanto dormia, o que se deu por parte de seu então marido, Marco Antônio Heredia Viveiros. Como consequência da agressão, Maria da Penha ficou paraplégica, bem como obteve outros traumas de natureza física e psicológica.

Ainda, após retornar do hospital, seu marido tentou eletrocutá-la enquanto

¹⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Márcia Barbosa vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2021**. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

tomava banho. O Ministério Público ofereceu denúncia em face de Marco Antônio, no entanto, as investigações se prolongaram por mais de quinze anos da data dos fatos, sem condenação definitiva do réu, que se manteve em liberdade.

Esse caso paradigmático teve um importante impacto no ordenamento jurídico interno, tendo em vista que originou, em conformidade com as recomendações feitas pela CIDH ao Brasil, a Lei n. 11.340/2006, também chamada de Lei Maria da Penha. Com isso, podemos dizer que houve o primeiro passo, ainda que tímido, para conferir uma resposta jurídica diferenciada aos crimes que envolvem violência contra a mulher.

O referido diploma normativo traduz um tratamento específico para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, com a Lei Maria da Penha, o Brasil deu cumprimento ao disposto no artigo 7 da Convenção Belém do Pará, que prevê expressamente a obrigação dos Estados Partes de adotar políticas, inclusive legislativas, para prevenir a violência de gênero.

Nesse sentido, é possível definir uma relação entre a violência de gênero e violência doméstica, sendo esta uma das modalidades de violência de gênero. Observando, ainda, a Lei Maria da Penha, é possível verificar que a lei trouxe medidas de prevenção e repressão, sendo inegável a forte influência dos tratados internacionais. Vejamos:

Se é verdade que a expressão violência de gênero inserida na LMP teve origem nos documentos internacionais de direitos humanos das mulheres, como a CEDAW e a Convenção de Belém do Pará, bem como nas lutas dos feminismos brasileiros que fixaram o termo no âmbito acadêmico, também é verdade que a interpretação da literalidade da LMP, sua aplicação e compreensão nos meios jurídicos e sociais em geral dão contornos de sentido renovados ao que se entende por violência de gênero. Então é uma troca mútua de sentidos e significados, levada a cabo não somente pelas/os juristas, mas também pelas experiências cumuladas pelas práticas extensionistas e intervenções dos movimentos feministas que compõem o sentido e o conteúdo da norma escrita e perfazem as linhas das chamadas teorias feministas do direito. Ao se analisar a LMP em seus primeiros artigos é possível considerar que houve a inclusão formal e material expressa da CEDAW e da Convenção de Belém do Pará, já em seu art. 1º, evocando também a norma constitucional brasileira. Dessa forma, todos os conteúdos interpretativos que despontam nos textos de ambos os tratados internacionais podem ser agregados para a compreensão da categoria no direito brasileiro, inclusive as Recomendações Gerais da CEDAW, haja vista que possuem a mesma força normativa do tratado.

Essa referência literal também é visível em outros pontos que se conectam em diversos trechos da LMP, que possuem redação similar ou idêntica aos tratados internacionais, especialmente da Convenção de Belém do Pará¹⁶⁷.

Outros casos no sistema interamericano trouxeram mais evidência para a questão de gênero e interseccionalidade. Em que pese a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ter responsabilizado o Brasil por meio de recomendação, é no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos que encontramos as principais discussões sobre a matéria.

É inegável que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve um importante papel em estabelecer o início da instituição de medidas jurídicas efetivas para o combate ao feminicídio. Todavia, podemos considerar que foi no campo da Corte Interamericana que essa discussão tomou contornos mais aprofundados, tendo em vista que os casos analisados abaixo contaram, de forma expressa, com uma perspectiva não só de gênero, mas, também, étnico-racial.

O caso Fazenda Brasil Verde é um importante precedente no âmbito do sistema interamericano, dessa vez no âmbito da Corte IDH. Esse precedente abordou o conceito de discriminação múltipla ou interseccional. Portanto, em que pese o caso versar sobre trabalho escravo, a Corte reconheceu a impossibilidade de dissociar do mérito as questões atinentes à gênero e etnia.

53. Isto é, ainda que geralmente, normalmente ou quase sempre as vítimas de escravidão e suas formas análogas sejam pessoas pobres que foram historicamente discriminadas por motivo de sua raça, sexo, e/ou sua origem como migrantes indígenas, isso não exclui o fato de que existem pessoas que, não necessariamente, se encontram incluídas dentro destas categorias expressas, mas que, de igual maneira, são pobres, marginalizadas ou excluídas. Não obstante, faz-se mister ressaltar que quando, além da situação pobreza estiver presente outra categoria, como raça, gênero, origem étnica, etc., prevista no artigo 1.1, estaremos diante de uma situação de discriminação múltipla/composta ou interseccional, dependendo das particularidades do caso, conforme já foi reconhecido em outras

167 CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Violência de gênero como categoria jurídica do direito brasileiro nos casos de violência doméstica contra as mulheres, a partir das teorias feministas do direito**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

ocasiões pelo Tribunal Interamericano¹⁶⁸.

Assim, o caso Fazenda Brasil Verde, em que pese não versar de forma específica sobre questões de gênero, tem um importante papel na análise feita no presente estudo, tendo em vista a *ratio decidendi* abordar expressamente o conceito de discriminação múltipla, reconhecendo a maior vulnerabilidade de certos grupos, como é o caso de mulheres negras.

Outra relevante condenação do Brasil no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos se deu no caso Favela Nova Brasília. Esse caso foi submetido à Corte IDH em razão das falhas na investigação e punição daqueles envolvidos com execuções extrajudiciais de 26 pessoas na Favela Nova Brasília, Rio de Janeiro. Os fatos ocorrem em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995, por meio de incursões policiais na comunidade. Essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro mediante o levantamento de “autos de resistência à prisão”.

A relevância do caso para o presente trabalho se dá porque, no fato ocorrido em 18 de outubro de 1994, três mulheres, dentre as quais duas eram adolescentes, foram vítimas de tortura e atos de violência sexual pelos agentes policiais. Ainda, uma das questões analisadas pela Corte foi que a investigação dos fatos foi realizada de forma a estigmatizar e revitimizar as vítimas.

Em que pese versar sobre a violência policial, tendo em vista as situações de abusos sexuais cometidos pelos policiais militares do Rio de Janeiro, mais uma vez a Corte entendeu que houve violação, dentre outros dispositivos, do artigo 7 da Convenção Belém do Pará, pela investigação deficiente em casos de violência contra a mulher.

É importante ressaltar, ainda, que a Corte considerou que a investigação policial em crimes de violência sexual deverá adotar, especificamente, uma perspectiva de gênero:

254. Em casos de violência contra a mulher, certos instrumentos internacionais são úteis para precisar e dar conteúdo à obrigação estatal reforçada de investigá-los com a devida diligência. Entre outros aspectos, numa investigação penal por violência sexual é necessário que: i) a vítima preste depoimento em ambiente cômodo e seguro, que lhe ofereça privacidade e confiança; ii) o depoimento da vítima seja registrado de forma tal que se evite ou limite a necessidade de sua repetição; iii) seja prestado atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma

¹⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

continuada, caso seja necessário, mediante um protocolo de atendimento, cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação; iv) se realize imediatamente um exame médico e psicológico completo e detalhado, por pessoal idôneo e capacitado, se possível do sexo que a vítima indique, oferecendo-lhe que seja acompanhada por alguém de sua confiança, caso o deseje;2 v) se documentem e coordenem os atos investigativos e se use diligentemente a prova, retirando amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do ato, assegurando outras provas, como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia; vi) se ofereça acesso a assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo; e vii) se preste atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma continuada, caso seja solicitado, mediante um protocolo de atendimento, cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação. Também em casos de supostos atos de violência contra a mulher, a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários capacitados em casos similares e em atendimento de vítimas de discriminação e violência por motivo de gênero¹⁶⁹.

O último caso que envolve uma perspectiva de gênero antes da análise do caso Márcia Barbosa se deu com a condenação do Brasil no caso dos Trabalhadores da Fábrica de Fogos. O caso versou sobre a produção ilegal de fogos de artifício no Município de Santo Antônio de Jesus, Estado da Bahia, envolvendo condições precárias de trabalhos para mulheres e crianças, que eram pagos R\$ 0,50 pela produção de mil traques (pedaços de pólvora embrulhados em papel).

Em 11 de dezembro de 1998, uma das fábricas explodiu, causando a morte de 64 pessoas, enquanto outras seis tiveram ferimentos graves. Diante da insuficiência do número de ambulâncias na cidade, os moradores assumiram o resgate e o transporte das vítimas até Salvador, a 190 km de distância, tendo em vista que o Município não possuía atendimento adequado para vítimas de queimaduras graves.

195. Isso posto, as desvantagens econômicas e sociais, quando se relacionam com as referentes a grupos populacionais, podem impor

169 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16/02/2017. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2022.

maiores desvantagens. Assim, por exemplo, “[e]m muitos países, o setor mais pobre da população coincide com os grupos sociais e étnicos que são objeto de discriminação”.²⁹⁸ No mesmo sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, no parecer sobre a Comunicação N. 17, de 2008, e em referência a suas observações finais sobre o Brasil, de 15 de agosto de 2007, destacou que a discriminação contra as mulheres nesse país é “exacerbada pelas disparidades regionais, econômicas e sociais”, e lembrou “que a discriminação contra a mulher baseada no sexo e no gênero está indissolúvelmente vinculada a outros fatores que afetam a mulher, como a raça, a origem étnica, a religião ou as crenças, a saúde, a condição jurídica e social, a idade, a classe, a casta e a orientação sexual e a identidade de gênero”.

196. No mesmo sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, das Nações Unidas, manifestou sua preocupação “com os efeitos da pobreza sobre as mulheres brasileiras de ascendência africana [...] e outros grupos de mulheres socialmente excluídos ou marginalizados e sua posição desvantajosa em relação ao acesso à educação, à saúde, ao saneamento básico, ao emprego, à informação e à justiça” e quanto a que “as deficientes condições de emprego da mulher em geral, inclusive a segregação vertical e horizontal, se vejam agravadas pela raça ou pela origem étnica”¹⁷⁰.

Tratou-se de decisão da Corte IDH em que foi considerada, mais uma vez, a questão da interseção de desvantagens comparativas, o que acarreta, conseqüentemente, um agravamento da experiência de vitimização.

Assim, é possível verificar, a partir da análise das decisões no âmbito do sistema interamericano comentadas acima, que o Brasil possui um histórico de deficiência na prevenção e repressão adequada no âmbito do tratamento jurídico destinado aos crimes que envolvem violência de gênero. Há, ainda, um agravamento do problema em situações em que as vítimas são, além de mulheres, pertencentes a classes socioeconômicas menos favorecidas.

Muito embora a abordagem do caso Maria da Penha não tenha se debruçado sobre a questão da interseção entre gênero e raça, as condenações do Brasil no âmbito da

170 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, de forma específica, abordaram uma análise conjunta dos aspectos relacionados à discriminação múltipla sofrida por mulheres negras. Todas as decisões acima trouxeram a violência de gênero como uma questão estrutural, que exige políticas públicas voltadas tanto para a prevenção quanto para a punição adequada.

Como veremos abaixo, sob a ótica da punição, o Brasil vem adotando significativas alterações legislativas as quais buscam agravar o tratamento jurídico nas hipóteses de violência de gênero. Entretanto, em que pese a adoção de algumas políticas destinadas a promover a igualdade de gênero, ainda há algumas lacunas a serem supridas, o que se verá abaixo.

2. A ausência de perspectiva de gênero e raça no tratamento jurídico do feminicídio no Brasil

Uma das repercussões da responsabilização internacional do Brasil pela violência de gênero se deu na criação da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que tipificou o crime de feminicídio, sendo uma das medidas legislativas tomadas a partir da recomendação da CIDH. Antes da Lei nº 13.104/2015, o feminicídio era punido como homicídio simples (art. 121 do CP).

É, necessário, inicialmente, definir o que é feminicídio. A partir da modificação legislativa mencionada acima, o feminicídio está previsto no Código Penal como uma qualificadora do crime de homicídio:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio

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

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

A qualificadora do feminicídio foi colocada no Código Penal a partir da Lei nº 13.104/2015, que também incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos. É necessário destacar, ainda, que a criação dessa qualificadora teve ligação direta com os trabalhos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Maria da Penha.

Deve ser feita, ainda, uma importante diferenciação. Não há que se confundir o feminicídio com o femicídio. O feminicídio ocorre quando a vítima é mulher e o homicídio ocorre em razão da condição especial de gênero da vítima. Por sua vez, o femicídio ocorre quando a vítima é mulher, mas tal condição é irrelevante para o autor do crime. A ideia da qualificadora do feminicídio é ir além de um mero aspecto ocasional do delito. Visa, assim, punir o delito em que o gênero é condição intrínseca em relação a sua ocorrência.

Acontece que “por razões da condição de sexo feminino” é uma cláusula aberta, de forma que o legislador precisou definir o que englobaria a condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há “razões de condição de sexo feminino” quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Da leitura do dispositivo legal acima, conclui-se que a qualificadora visa conferir a repressão adequada nas hipóteses de discriminação relacionada ao gênero, bem como nas hipóteses de violência doméstica e familiar. Ademais, a referida qualificadora, torna o crime hediondo, de forma que há uma série de restrições decorrente da hediondez, como, por exemplo, uma porcentagem maior de cumprimento da pena para ter direito à progressão de regime.

Deve ser destacado, também, que os avanços não se deram apenas no campo legislativo. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a qualificadora do feminicídio é de ordem objetiva, ou seja, ligado ao delito em si, e não a critérios subjetivos, relacionados ao psicológico do autor¹⁷¹. Em que pese causar certa estranheza, esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça favorece uma punição mais rigorosa dos agressores. Nesse sentido:

Alegações de violenta emoção são comuns nos julgamentos de feminicídios no Tribunal de Júri, fruto de uma sociedade que ainda julga mulheres, ao invés de julgar os crimes contra elas praticados. São alegações de ciúmes, traição, de que as mulheres eram “loucas”, desregradas, descumpriam suas funções em casa ou mesmo de que o agressor tinha um verdadeiro amor pela mulher e “perdeu a cabeça”. Esses argumentos, lamentavelmente, ainda convencem.

171 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **REsp 1739704/RS**, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18/09/2018. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/631769433/inteiro-teor-631769454> >. Acesso em 7 de setembro de 2022.

Caso os jurados acolham essa tese de defesa, ficam automaticamente prejudicadas as qualificadoras subjetivas e só podem ser votadas as objetivas. Assim, reconhecer feminicídio como de natureza objetiva é uma providência importante para que essa questão seja levada ao conhecimento dos jurados, mesmo diante de uma decisão que reconheça o crime privilegiado, em uma sociedade ainda marcada pelo machismo e discriminação das mulheres¹⁷².

Dessa forma, é inegável que houve alguns avanços no ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao tratamento jurídico da violência de gênero, avanços que foram, inclusive, reconhecidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

88. A CIDH recorda o avanço logrado com a adoção da Lei Nº. 11.340/06, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), entre outras políticas públicas que visam gerar espaços seguros para as mulheres vítimas de violência, a exemplo da Casa da Mulher Brasileira. Ademais, entre os anos de 2012 e 2013, o Congresso brasileiro instaurou uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar “a situação da violência contra a mulher” no país e as “denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação dos instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”¹¹⁰. Os trabalhos da Comissão deram ensejo à edição da Lei nº. 13.104, de 9 de março de 2015, que tipificou o crime de “feminicídio”. Além disso, segundo informado pelo Estado, em 2018 houve a sanção da lei nº. 13.772/2018, que tipifica no código penal o crime de registro não autorizado de intimidade sexual, assim como em 2019, a sanção da Lei nº. 13.871/2019, que obriga o agressor a ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS) os custos com as vítimas de violência doméstica.

Não se nega que vários dispositivos da Lei Maria da Penha foram um importante passo para corrigir falhas estruturais do ordenamento jurídico brasileiro, mas é necessário ressaltar que, mesmo essa medida não é livre de críticas. A Corte Interamericana já havia definido o feminicídio muito antes da referida alteração legislativa.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Algodoeiro vs. México*, feminicídio é o “homicídio da mulher por razões de gênero”. Para diversos doutrinadores,

¹⁷² FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Feminicídio**: uma carta marcada pelo gênero. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/437/edicao-1/feminicidio:-uma-carta-marcada-pelo-genero> >. Acesso em 7 de setembro de 2022.

a definição conferida pelo legislador brasileiro peca por ser mais restritiva, representando uma proteção deficiente ao direito à vida da mulher¹⁷³.

Acontece que tais avanços são insuficientes diante da ausência de dados governamentais voltados para a elaboração de políticas públicas eficazes. Foi por esse motivo que Corte ordenou ao Brasil, no caso *Márcia Barbosa*, que desenvolvesse um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados desagregados por idade, raça, classe social, perfil de vítima, lugar de ocorrência, perfil do agressor, relação com a vítima, meios e métodos utilizados, bem como demais variáveis, com a finalidade de realizar uma análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres, sobretudo nas hipóteses de feminicídio.

É possível depreender, da decisão da Corte, que se espera que o sistema nacional permita a obtenção de dados que estabeleçam o melhor caminho para a instituição de políticas públicas voltadas para a prevenção da violência contra a mulher.

Entretanto, por mais que seja um importante avanço, para que seja realmente efetivo, esse sistema nacional deverá ser utilizado em pesquisas científicas voltadas para a perspectiva étnico-racial do machismo estrutural, com a finalidade de estabelecer medidas de promoção de igualdade de gênero contemplando a situação específica da discriminação racial estrutural das meninas, jovens e mulheres afrodescendentes.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo fazer uma breve análise dos desafios encontrados na resposta dada pelo ordenamento jurídico ao feminicídio, sobretudo diante da ausência de consideração, pelos órgãos públicos, da interseção entre grupos vulneráveis e o consequente impacto sofrido por mulheres negras diante de práticas sistêmicas de discriminação.

É inegável que o Brasil apresenta um problema em relação à violência contra a mulher, sobretudo pela dificuldade histórica em reconhecer que a questão envolve posturas comissivas do Poder Público. Nesse sentido, a própria Comissão Interamericana reconheceu que, em que pese os avanços normativos trazidos pelo Brasil, sobretudo após a edição da Lei Maria da Penha, as estatísticas brasileiras mostram um quadro preocupante, de aumento dos índices de feminicídio, o que a afetar, sobretudo, mulheres afrodescendentes:

92. A CIDH também reitera que, no tocante à vitimização de mulheres em assassinatos por razões de gênero, também tendem a incidir

173 PIOVESAN, Flávia, GIRARDI, Melina, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 100-101.

fatores interseccionais de discriminação, que as expõem ainda mais a vulnerabilidade. Dessa forma, as mulheres afrodescendentes sofrem os efeitos cumulativos de exclusão, discriminação e violência em função do seu gênero, agravado pela discriminação racial estrutural com base na sua origem étnico-racial. Segundo dados de 2015 do programa Disque 180, serviço de canal telefônico de denúncia contra a violência de gênero e de atendimento a mulheres vítimas de violência, 60% dos casos noticiados envolviam mulheres afrodescendentes e, segundo dados do Ministério da Justiça relativos a 2015, 68.8% das mulheres assassinadas também eram dessa origem étnico-racial. Ainda, segundo informações obtidas pela Comissão, embora nos últimos dez anos tenha sido registrada uma redução de 8% nos homicídios de mulheres não-afrodescendentes, no mesmo período o número de mulheres afrodescendentes assassinadas aumentou em 14.5%. Com efeito, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios dessas mulheres foi 71% maior que a de mulheres não pertencentes a essa origem étnico-racial. Da mesma forma, observa-se que as mulheres defensoras dos direitos humanos enfrentam estereótipos de gênero que rejeitam sua participação na vida pública e sua liderança na defesa de seus direitos fundamentais, seus territórios e tradições¹⁷⁴.

De tal forma, é importante reconhecer que não basta o uso de táticas repressivas pelo ordenamento jurídico a fim de coibir a violência de gênero. Para além de um tratamento jurídico com o intuito de punir os agressores, é necessário, ainda, fornecer políticas públicas adequadas à realidade.

A discriminação racial estrutural impacta também as mulheres, sendo impossível, para fins de formulação de políticas públicas, analisar o feminicídio no Brasil sem, também, lidar com questões étnico-raciais. A condenação do Brasil no caso Márcia Barbosa demonstrou que as instituições públicas e privadas utilizam, por vezes de forma deliberada, de estereótipos étnico-raciais no tratamento das vítimas afrodescendentes de feminicídio.

Portanto, o agravamento da pena para o crime de feminicídio não foi suficiente para modificar esse quadro sistêmico. Pelo contrário, após 2015, ano em que foi implementada a qualificadora, os índices de crimes violentos contra mulheres aumentou

174 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil** : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em < <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

significativamente em 2021, com 80% das vítimas de feminicídio sendo mulheres negras¹⁷⁵.

Diante desse quadro, a alternativa cabível é atender as medidas de não-repetição indicadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou ao Estado do Brasil a adoção de medidas concretas para modificar o quadro estrutural de racismo e violência de gênero:

184. Os representantes solicitaram à Corte ordenar que o Estado do Brasil: i) adote medidas legislativas para assegurar que a imunidade parlamentar não seja um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos e para o acesso à justiça; ii) adote medidas para enfrentar a violência contra a mulher, em particular garanta a existência de órgãos de gestão de políticas públicas para as mulheres com um enfoque específico nas situações relacionadas ao ciclo de violência, aos homicídios de mulheres e aos feminicídios, levando em consideração os impactos desproporcionais para as mulheres negras e morenas e o recorte social da violência de gênero e dos feminicídios; iii) implemente um programa de educação de gênero para os níveis educativos básico e superior e para os funcionários públicos encarregados de enfrentar a violência e administrar a justiça; iv) assegure que as instituições responsáveis pelas investigações, julgamento e sanção implementem parâmetros internacionais como a jurisprudência da Corte Interamericana e o Modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero, bem como as diretrizes nacionais sobre a investigação de feminicídios; v) garanta, com transparência, o acesso aos dados oficiais de mortes violentas registradas como feminicídios que provocaram processos penais, de modo que os dados estejam detalhados por idade, raça, classe social, perfil da vítima, lugar de ocorrência, perfil do agressor, relação com a vítima, meios e modos utilizados, entre outras variáveis, que permitam uma análise quantitativa e qualitativa, vi) garanta a existência de instituições capazes de supervisionar a aplicação destas políticas com um enfoque em violência e homicídio de mulheres por

175 PEREIRA, Cledivânia. **Violência contra a mulher triplicou no Brasil em 2021 e em 2022 houve um feminicídio a cada 8 dias no RN**. Disponível em <<https://saibamais.jor.br/2022/03/violencia-contra-a-mulher-triplicou-no-brasil-em-2021-e-em-2022-houve-um-feminicidio-a-cada-8-dias-no-rn/>>. Acesso em 10/09/2022.

feminicídio¹⁷⁶.

Merece destaque, dentre as medidas acima, que a Corte IDH determinou ao Brasil, há instâncias expressas em que é feito o reconhecimento do impacto desproporcional sofrido por mulheres negras e pardas. Isso, necessariamente, precisa ser levado em conta tanto pelos funcionários públicos encarregados do papel repressivo ao delito, quanto na instituição de políticas públicas de promoção de igualdade de gênero.

Diante de todo o exposto, é importante reconhecer que grandes avanços normativos foram feitos, destacando-se a Lei Maria da Penha e a criação da qualificadora de feminicídio, bem como sua inclusão no rol de crimes hediondos pelo legislador. Porém, ainda que os avanços normativos tenham sido importantes, como se constata, por exemplo, a partir da criação da Lei Maria da Penha e da alteração legislativa do Código Penal responsável por criar a qualificadora de feminicídio, tais avanços, por si só, são insuficientes para reduzir o quadro sistemática de violência e opressão. Portanto, apenas a partir de uma perspectiva interseccional, que deve incidir, inclusive, no campo jurídico, será possível vislumbrar mudanças estruturais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **REsp 1739704/RS**, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18/09/2018. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/631769433/inteiro-teor-631769454> >. Acesso em 7 de setembro de 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil** : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em < <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Márcia Barbosa vs. Brasil**. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em <

¹⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Márcia Barbosa vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2021**. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16/02/2017. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf>. Acesso em 7 de setembro de 2022.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Violência de gênero como categoria jurídica do direito brasileiro nos casos de violência doméstica contra as mulheres, a partir das teorias feministas do direito**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Feminicídio**: uma carta marcada pelo gênero. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/437/edicao-1/feminicidio:-uma-carta-marcada-pelo-genero> >. Acesso em 7 de setembro de 2022.

PEREIRA, Cledivânia. **Violência contra a mulher triplicou no Brasil em 2021 e em 2022 houve um feminicídio a cada 8 dias no RN**. Disponível em < <https://saibamais.jor.br/2022/03/violencia-contra-a-mulher-triplicou-no-brasil-em-2021-e-em-2022-houve-um-feminicidio-a-cada-8-dias-no-rn/>>. Acesso em 10/09/2022.

PIOVESAN, Flávia, GIRARDI, Melina, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 100-101.

O CRIME CONTINUADO À LUZ DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DOS NOSSOS TRIBUNAIS

NARA LÍVIA MANFRIN:

Acadêmica do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Resumo: Considerando a necessidade de atualização das produções científicas no tocante ao crime continuado, sendo que a obra que goza de maior prestígio é a de Manoel Pedro Pimentel, de 1969, anterior à reforma da parte geral do Código Penal, o presente trabalho busca recolher na doutrina e jurisprudência o tratamento atual e as diversas facetas polêmicas do instituto. Utilizando-se dos métodos analítico e hipotético-dedutivo, seu foco repousa em pesquisas quanto à natureza jurídica, bem como às polêmicas e divergências que circuncidam o instituto, que, em essência, é uma ficção jurídica da lei, nascida para afastar condenações demasiadamente rigorosas. É, portanto, uma benesse ao autor delituoso, que tenha praticado dois ou mais crimes da mesma espécie e nas semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução. Assim, por meio de revisão bibliográfica, jurisprudencial e do artigo de lei que trata do assunto, o tema foi estudado e decomposto em suas diversas particularidades, a fim de descrever um panorama atual de seu tratamento no âmbito dos nossos tribunais e doutrinadores brasileiros.

Palavras-chave: Sistema da exasperação da pena. Concurso de crimes. Crime continuado. Ficção jurídica. Teoria objetivo-subjetiva e teoria objetiva pura. Requisito subjetivo unidade de desígnios.

SUMÁRIO: 1. ORIGEM DO INSTITUTO DO CRIME CONTINUADO. 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL. 3. LEGISLAÇÕES COMPARADAS: O INSTITUTO NO CENÁRIO INTERNACIONAL. 4. LOCALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: LÓCUS DO CONCURSO DE CRIMES. 5. SISTEMAS DO CONCURSO DE CRIMES. 5.1. SISTEMA DA ACUMULAÇÃO MATERIAL. 5.2. SISTEMA DA EXASPERAÇÃO DA PENA. 5.3. SISTEMA DA ABSORÇÃO. 5.4. SISTEMA DA ACUMULAÇÃO JURÍDICA. 6. MODALIDADES DE CONCURSO DE CRIMES. 6.1. CONCURSO MATERIAL. 6.2. CONCURSO FORMAL. 6.3. CRIME CONTINUADO. 7. NATUREZA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO. 8. REQUISITOS DO CRIME CONTINUADO. 8.1. PLURALIDADE DE CONDUTAS. 8.2. PLURALIDADE DE CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. 8.3. CONEXÃO TEMPORAL. 8.4. CONEXÃO ESPACIAL. 8.5. CONEXÃO MODAL. 8.6. UNIDADE DE DESÍGNIOS. 6. REFERÊNCIAS.

1. ORIGEM DO INSTITUTO DO CRIME CONTINUADO

Os primeiros feixes de luz que apontaram o que viria a ser o crime continuado foram lançados pelos glosadores e pós-glosadores¹⁷⁷. No entanto, somente com os práticos italianos medievais quinhentistas e seiscentistas (principalmente Claro e Farináceo) é que foi trazida à luz uma sistemática do mesmo, motivo pelo qual, entre a maioria dos autores, não se olvida atribuir a eles a origem do instituto¹⁷⁸.

Surgiu como a notável intenção de abrandar o rigor do efeito das penas de furto, que à época punia-se com pena de morte quando praticado pela terceira vez, ainda que o agente já houvesse sido punido pelas duas condutas anteriores, computando-se para tanto, também os furtos simples e as meras tentativas¹⁷⁹. Em face desse exacerbado tratamento, como afirmou o Mestre Francesco Carrara (1944)¹⁸⁰: “Criou-se a doutrina da continuação para computar os três ou quatro furtos como um só, e esta foi uma ideia justíssima”. Mais tarde, culminou em abranger demais espécies delitivas.

Como se nota através dos Registros de Manoel Pedro Pimentel, já no período de sua sistematização, idos medievais, já era possível sentir o dissídio que mais tarde eclodiria: As divergências entre “subjetivistas” e “objetivistas”, os elementos da continuidade delitiva, a natureza de ficção jurídica¹⁸¹, entre outros que serão debatidos neste trabalho. Fato é que, se à época de Pimentel (meados de 1969) o instituto não era pacífico entre os operadores do Direito, tampouco é nos tempos presentes, em que pese decorridos 45 anos. Suas polêmicas perduraram ao longo de toda sua existência. Daí a hipérbole utilizada na antiga Exposição de Motivos do Código Penal do Brasil, anterior à reforma da parte geral, que mencionava em seu item de número vinte e sete que o crime continuado “constitui-se em verdadeira **crux** para os criminalistas”¹⁸².

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

177 FERREIRA, Cavaleiro de. Lições de Direito Penal I, parte geral: A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982. 4ª ed.p.542.

178 PIMENTEL, Manoel de Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. P. 41 e; Fayet Júnior, Ney. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p. 42.

179 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.20

180 CARRARA, Francesco. Programa del curso de derecho criminal. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944. op.citt.,§ 2º.

181 PIMENTEL, Manoel de Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. P. 41 e; Fayet Júnior, Ney. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p. 47 e 48.

182 CAMPOS, Francisco de. Exposição de motivos do Código Penal do Brasil, n.º 27.

As primeiras legislações aplicadas ao Brasil foram as Ordenações de Portugal, e, dentre elas, aponta MANOEL PEDRO PIMENTEL (1969)¹⁸³, as Filipinas, que traziam em seu bojo a pena de morte para o terceiro furto. Fruto de suas investigações, acabou por concluir o renomado autor, que “a mesma severidade na punição do terceiro furto vigorou sempre no Brasil”¹⁸⁴.

O Código do Império, de 1830, não continha a figura do instituto, mas trilhou caminho contrário, qual seja o da acumulação material de infrações, cuja consequência é a soma das penas, tratamento mais severo, portanto. Malgrado isso, não apenas as dificuldades práticas, mas também a doutrina e os julgadores invocavam o instituto, que à época já era previsto no Código Penal da Bavieira, de 1813.

Assim, no Brasil, conforme explana Andréa Flores e Jodascil Gonçalves (2015)¹⁸⁵, “apareceu primeiro na jurisprudência e só depois foi incorporado à nossa legislação”. Nessa senda, foi implantado somente com o advento do Código Penal republicano de 1890 (Decreto 847, de 11 de outubro de 1890), concomitante às hipóteses de concurso material e formal¹⁸⁶.

Prosseguindo-se, no vigente códex repressivo, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, novidade relevante foi o abandono pelo legislador, do critério subjetivo como elemento do crime continuado, filiando-se à teoria objetiva¹⁸⁷. Equivale dizer, deixou de ser exigida para sua caracterização a “unidade de desígnios”, externada pela

183 PIMENTEL, Manoel de Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. P. 41 e; Fayet Júnior, Ney. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p. 120.

184 PIMENTEL, Manoel de Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. P. 41 e; Fayet Júnior, Ney. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p. 121.

185 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 175.

186 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.47.

187 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.49.

premeditação dos crimes¹⁸⁸. Ou, nas palavras de PIMENTEL (1969)¹⁸⁹, o “nexo psicológico ligando as diversas ações delituosas”. Agora, destarte, prescindiria que o autor delituoso tivesse premeditado praticar os plurais crimes a comporem a continuação delitiva, bastar-se-ia tão somente o preenchimento dos requisitos legais – todos de ordem objetiva – previstos no art. 71, (mais de uma ação ou omissão; prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; mesas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes).

Noutro viso, contrário ao legislador, a jurisprudência trilha caminho diverso. Como será explorado em título mais adiante, é perceptível a adoção de um norte tendente a “diminuir a aplicação do crime continuado, seja no conceito de crimes da mesma espécie, seja na exigência da unidade de desígnios, como requisito subjetivo”¹⁹⁰.

Impende destacar, outrossim, que encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, um Projeto de Lei, n.º 3.473/00, que busca modificar a parte geral do CP, atingindo também o art. 71 e seu parágrafo único com importantes alterações no tratamento do crime continuado. Há na nova redação, perceptível intenção de “obviar as controvérsias que circundam o instituto”¹⁹¹.

Por derradeiro, vale trazer à baila a observação de Juan Carlos Ferré Olivé e outros (2011) de que o instituto, “tem no Brasil uma amplitude maior do que a observada em outros sistemas de direito comparado.”¹⁹²:

3. LEGISLAÇÕES COMPARADAS: O INSTITUTO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

188 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 177.

189 PIMENTEL, Manoel de Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. P. 41 e;Fayet Júnior, Ney. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.97.

190 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 178.

191FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p. 50-51.

192FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. NÚÑES PAZ; Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. Direito penal brasileiro: Parte geral. Princípios Fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 3011.p. 612.

Como explana Pimentel (1969), na ordem jurídica mundial, o instituto foi acolhido principalmente dentre os países onde o concurso material se conservou rígido, com as penas somadas aritmeticamente¹⁹³.

Na América do Sul, são majoritários os países que têm em seu ordenamento penal o instituto da continuação delitiva, em que pese os discrepantes modos de conceituá-lo e aplicá-lo. Em sua maioria, exigem a presença do elemento subjetivo unidade de desígnios¹⁹⁴, prevalecendo, portanto, a teoria subjetiva em detrimento da objetiva.

Já na Europa a continuidade delitiva também é agregada à maior parte dos países. Como exceção à regra, tem-se a Alemanha, que, não obstante a saliente presença no processo histórico do instituto, teve a figura praticamente abolida de seu sistema penal, cuja incidência hoje se restringe a determinados tipos penais¹⁹⁵. Por outro norte, em seu berço, na Itália, permanece com vigor e anda de mãos dadas com a teoria subjetiva, qual contempla o elemento subjetivo, unidade de desígnios¹⁹⁶.

Na América Central, igualmente, é previsto na maioria das legislações¹⁹⁷. Peculiar é o caso da Costa Rica, que além de exigir o elemento subjetivo, aplica-o apenas aos delitos patrimoniais¹⁹⁸. Na Guatemala, não incide quando há ofensas a bens jurídicos

193 PIMENTEL, Manoel de Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. P. 41 e; Fayet Júnior, Ney. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.54.

194 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.54.

195 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.76.

196 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.77-79.

197 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.65.

198 FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.67.

estritamente pessoais¹⁹⁹, e, Cuba, ao contrário, o permite desde que as ações ofensoras de bens personalíssimos sejam praticadas contra a mesma vítima²⁰⁰.

4. LOCALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: LÓCUS DO CONCURSO DE CRIMES

No Código Penal Brasileiro, o instituto do crime continuado localiza-se no setor específico do Concurso de Crimes. Situação essa com a qual harmoniza Ney Fayet (2013)²⁰¹. O autor faz referência àqueles que hesitam, por considerarem conceitualmente o crime continuado como delito único, mas é enfático ao afirmar que “deve ser catalogado como modalidade do concurso de crimes”.

Para melhor compreensão, impende conceituar concurso de crimes. Guilherme de Souza Nucci (2014) ²⁰², preleciona que “O concurso de crimes significa a prática de várias infrações penais por um só agente ou por um grupo de autores atuando em conjunto”. Ou seja, é simplesmente a nomenclatura dada à situação de o mesmo agente cometer plurais condutas delituosas, em conjunto com demais autores ou não.

Com efeito, aqueles que consideram o delito continuado como crime único se insurgem quanto à localização, pois enquanto o concurso de crimes é plural, o crime único, por sua própria definição, é singular.

Outra discussão sobre a localização do instituto na dogmática penal consiste em definir se o crime continuado pertence à teoria do crime ou à teoria da pena.

Os que consideram pertencer à teoria da pena sustentam para tanto que a continuidade delitiva tem relação com a tipicidade (objetiva), por percorrer a discussão de unidade e pluralidade de conduta, e também, guarda relação com o tema “dolo”, já que os

¹⁹⁹FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.67.

²⁰⁰FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.66.

²⁰¹FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.83.

²⁰²NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.459.

adeptos da teoria subjetiva apontam a necessidade de o agente agir com dolo de continuação. Por outro lado, aqueles que consideram pertencer à teoria da pena, têm sua razão no fato de que o crime continuado é inegavelmente um problema de determinação da pena. É como pondera NeyFayet²⁰³.

Conclui-se, portanto, filiando-se a NEY FAYET, que o instituto está circunscrito às duas teorias. Pois, se de um lado é estritamente ligado aos pressupostos existenciais do crime (teoria do crime), por outro, é inegavelmente vinculado às consequências jurídicas, ou seja, ao âmbito do apenamento (teoria da pena).

5. SISTEMAS DO CONCURSO DE CRIMES

5.1. SISTEMA DA ACUMULAÇÃO MATERIAL

Segundo esse sistema, se houve a materialização de mais de um resultado típico, são punidos individualmente, somando-se as penas. É característico do concurso material de crimes do art. 69 do CP, em que pese ser encontrado no Código Penal em situações atípicas, tal qual a narrada por Nucci²⁰⁴:

É o que ocorre nos casos dos tipos penais prevendo a aplicação de determinada pena, além de outra, advinda da violência praticada em conjunto. Vide, como exemplo, o disposto no art. 344 do Código Penal (coação no curso do processo), estipulando a pena de 1 a 4 anos de reclusão, e multa, além da pena correspondente à violência. Portanto, embora por meio de uma única ação o agente tenha cometido a coação, deverá responder também pelo resultado gerado pela violência. O juiz utiliza a regra do concurso material (soma das penas), ainda que tenha havido uma única ação.

5.2. SISTEMA DA EXASPERAÇÃO DA PENA

Por seu turno, o sistema da exasperação da pena, contrário ao anterior, permite que, quando o agente pratique mais de uma conduta delituosa, seja fixada somente uma das penas, majorada de uma cota-parte para representar a punição pelos demais. É o

²⁰³FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.p.42 e 44; PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p. 41 a 43 e; MARQUES, José Antônio Rodrigues. O instituto do crime continuado. 1ª ed. Editora Petrony, 2013.p.88.

²⁰⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.459.

tratamento dado ao concurso formal próprio de crimes (art. 70) e ao crime continuado (art. 71), e, notadamente, se perfaz como um sistema benéfico ao acusado²⁰⁵.

5.3. SISTEMA DA ABSORÇÃO

Também há o sistema da absorção, qual determina que em havendo concurso de crimes, será fixada a pena do delito mais grave, somente. Não adotamos esse sistema no Brasil, apesar de a jurisprudência aplicá-lo em um número restrito de casos. Especificamente quando se depara com um conflito aparente de normas, situação na qual, levando-se em conta o princípio da consunção, determina que o crime-fim (crime mais grave), absorva o crime-meio (delito menos grave), com intuito de afastar a soma das penas, tratamento de maior rigor. Tal sistema, no entanto, é o adotado em Portugal para o crime continuado, segundo a redação do Código Penal Português: “o crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação”²⁰⁶.

5.4. SISTEMA DA ACUMULAÇÃO JURÍDICA

Por fim, o sistema de acumulação jurídica, realiza uma média ponderada entre as penas previstas para todas as condutas praticadas, impondo um teto para a reprimenda, de modo a impedir excessos. Tal mecanismo é adotado na Espanha, mas no Brasil não há ocorrência de sua utilização²⁰⁷.

6. MODALIDADES DE CONCURSO DE CRIMES

Em que pese o objeto de estudo do presente artigo ser a modalidade do crime continuado, faz-se necessário adentrar sucintamente às demais modalidades, o concurso material e o concurso formal, para melhor compreensão do tema principal, comparação e contextualização.

6.1. CONCURSO MATERIAL

O concurso material de crimes, previsto no artigo 69 do CP, é configurado quando o autor, por meio de mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, e as respectivas penas privativas de liberdade são somadas. Portanto, o sistema adotado é o do

²⁰⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.459.

²⁰⁶NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.459.

²⁰⁷NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.459-460.

cúmulo material²⁰⁸. Simplificando, é modalidade caracterizada pela pluralidade de condutas e pluralidade de resultados²⁰⁹.

Das três modalidades é a de maior rigor, justamente em razão do somatório das penas, que resulta normalmente em um montante de alto vulto.

Pode ser classificado em homogêneo ou heterogêneo, a depender se os crimes são idênticos ou diversos. Homogêneo no caso de delitos idênticos, e heterogêneo, se distintos²¹⁰.

Quanto aos critérios para aplicação da pena, o juiz deve dosar cada uma isoladamente, segundo o sistema de aplicação de pena previsto no CP, e, somente após, proceder à soma das reprimendas²¹¹, em respeito ao princípio da individualização da pena. Essa é a regra em se tratando de crimes apurados e sentenciados no mesmo processo, em razão dos efeitos da conexão. Porém, se não houver conexão, as disposições referentes ao concurso material serão aplicadas pelo juízo da execução.²¹²

Noutro visio, cumpre lembrar que o sistema brasileiro de concurso material impõe limitação à modalidade, uma vez que prevê um teto máximo de cumprimento de pena, no art. 75, de 30 anos. Assim, em que pese eventualmente a soma das reprimendas ultrapasse o limite, o reeducando não cumprirá pena por mais de três décadas²¹³. Cabe aqui somente uma observação, a de que para fins de concessão de outros benefícios, como livramento condicional e regime mais brando, não se toma por base esse limite de 30 anos, mas a pena real unificada, consoante a súmula 715 do STF.

6.2. CONCURSO FORMAL

²⁰⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.460.

²⁰⁹MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.754.

²¹⁰MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.753-754.

²¹¹NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.460.

²¹²MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.754.

²¹³NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.460-461.

O dispositivo de n.º 70 do Código Penal redige o conceito do concurso formal de crimes. Dá-se este, quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, incorre em dois ou mais crimes, ou seja, dois ou mais resultados típicos²¹⁴. Tem por requisitos a unidade de condutas e a pluralidade de resultados²¹⁵.

Diferente do concurso material, que segue o sistema do cúmulo, aqui, o sistema-base é o da exasperação. Como traz expressamente o comando legal, significa que o autor é punido pela pena mais gravosa (ou por uma delas, se porventura forem idênticas), acrescida de um quantum de pena, que pode variar de um sexto até metade.

A modalidade também comporta as subespécies "homogêneo", se os delitos forem idênticos e "heterogêneo", se diversos. Há também a subclassificação em "concurso perfeito" e "concurso imperfeito", que deriva da própria inteligência do art. 70, dividido em duas partes distintas.²¹⁶

No perfeito, o indivíduo age tendo em mente uma só conduta, sem sopesar quantos crimes cometerá com a mesma ação²¹⁷. O exemplo trazido por NUCCI (2014)²¹⁸ é "o preso que subtrai, para si, comprimidos psicotrópicos quando realiza faxina (concurso formal dos arts. 155, do CP, e 16, da Lei de Drogas [atual art. 28, salientando-se que não mais há pena de prisão para o sujeito nessa situação, conforme Lei 11.343/2006]". O agente, então recebe a maior das penas, exasperada na forma já mencionada.

Já no imperfeito, as penas são aplicadas cumulativamente (segundo o sistema do cúmulo material), pois o sujeito tem o dolo de praticar ambos os delitos. Diz-se que há desígnios autônomos, e, portanto, não lhe é aplicado o sistema mais benéfico, mas o de cúmulo de penas. Cite-se o exemplo, também transcrito por NUCCI (2014)²¹⁹, segundo o qual, o agente posiciona várias pessoas em uma fila, e ceifa a vida de todas com um único

214NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.461.

215MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.754.

216NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.461.

217NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.461.

218NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.461.

219NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.461.

tiro. De fato, não seria proporcional tratar o autor que agiu com desígnios autônomos, do mesmo modo que é tratado o que carregava o dolo de praticar apenas uma conduta.

É possível a configuração, outrossim, do que se chama “concorrência de concursos”²²⁰. Exemplifique-se. O indivíduo comete dois ou mais crimes em concurso formal e após, outros dois delitos também em concurso formal. Entre os dois concursos formais há um concurso material²²¹.

Outra concorrência de concursos, e esta ainda mais pertinente ao tema principal do presente artigo, é a possibilidade de dois concursos formais em continuidade delitiva: “um homicídio doloso e um culposos + um homicídio doloso e outro culposos”²²². Essa situação hipotética produz divergência na doutrina quanto à aplicação da pena. Há quem se posicione no sentido de dever ser aplicados tanto o concurso formal quanto o crime continuado; e há os que lecionam que deve ser aplicado somente o aumento correspondente da continuação delitiva, pois predomina sobre o anterior, vertente que conta com o apoio do i. professor NUCCI (2014)²²³, que assim conclui dizendo que o crime continuado forma uma “unidade inseparável”.

6.3. CRIME CONTINUADO

Passemos ao cerne do tema, qual seja a modalidade de concurso de crimes denominada como crime continuado. Primeiramente, insta conceituá-lo e tecer uma explanação geral quanto aos principais aspectos, que serão destrinchados nos capítulos seguintes.

É o concurso configurado quando o autor delituoso, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes com as seguintes características peculiares à espécie: sejam delitos da mesma espécie, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de

220NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.464.

221NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.464.

222NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.464.

223NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.464.

execução, de modo a se considerar que as condutas subsequentes são uma continuação da primeira²²⁴.

Cumprir trazer à baila o inteiro teor de sua redação, prevista no art. 71 do Código Penal Brasileiro²²⁵, in verbis:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplicasse-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, com vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Como bem destaca NUCCI (2014)²²⁶, é “a forma mais polêmica de concurso de crimes, proporcionando inúmeras divergências, desde a natureza jurídica até a conceituação de cada um dos requisitos que o compõem.”

7. NATUREZA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO

A natureza do crime continuado fomenta bastante discussão e divisão na doutrina e na jurisprudência. Existem duas teorias distintas que visam explicar o fundamento do instituto, são elas: a teoria da ficção jurídica e a teoria da realidade.

A primeira delas, que teve como precursor Francesco Carrara, afirma ser a continuidade delitiva uma ficção criada pelo Direito²²⁷. Equivale interpretar: Malgrado o agente tenha cometido dois ou mais crimes, considera-se por ficção da lei, que tenha

²²⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.464.

²²⁵VadeMecum Saraiva/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.p.531.

²²⁶NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.464.

²²⁷MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.759.

praticado somente um, qual teve continuidade no tempo²²⁸. Isso, para fins de aplicação de pena²²⁹, e em virtude de políticas criminais. Tal é a teoria adotada pelo legislador do Código Penal Brasileiro, como se pode extrair do seguinte informativo expedido pelo Supremo Tribunal Federal²³⁰:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique, concretamente, as razões justificadoras da exacerbação penal. A ficção jurídica do delito continuado, consagrada pela legislação penal brasileira, vislumbra, nele, uma unidade incindível, de que deriva a impossibilidade legal de dispensar, a cada momento desse fenômeno delituoso, um tratamento penal autônomo.

Nosso códex criminal adotou essa teoria por uma simples razão, a de optar pela teoria objetiva pura, ou seja, o legislador não se preocupou com a questão da unidade de desígnios por parte do agente, apontando parâmetros de ordem objetiva para a configuração do instituto do art. 71.

Importante mencionar, em outra senda, que não obstante a continuidade delitiva considerar um único crime praticado pelo agente, tratando as condutas posteriores à primeira como continuação dela, para fins de dosimetria de pena, o mesmo não ocorre em relação à prescrição, sendo que o art. 119 do CP e a Súmula 497 do STF²³¹ preveem que esta “regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.”.

Feitas tais considerações, discorra-se agora sobre a segunda teoria, qual seja a da realidade ou também chamada teoria da unidade real. Esta teve como precursor Bernardino Alimena, e considera o delito continuado como crime único. Sustenta-se na ideia de que a conduta pode ser composta por um ou vários atos, quais não guardam

228 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 175.

229 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.759.

230 STF: HC 70.593/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1.ª Turma, j. 05.10.1993, noticiado no Informativo 448.

231 CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana. VadeMecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.p.535 e 1932.

necessariamente absoluta similitude com a unidade ou pluralidade de condutas²³², ou nas palavras de NUCCI (2014)²³³, “vários atos podem dar causa a um único resultado e vice-versa”.

8. REQUISITOS DO CRIME CONTINUADO

8.1. PLURALIDADE DE CONDUTAS

O texto do dispositivo exige que o delito continuado seja praticado “mediante mais de uma ação ou omissão”²³⁴. Logo, em pluralidade de condutas, assim como no concurso material, diferenciando-se destes pelos demais requisitos e pela aplicação da pena, mais benéfica ao acusado.

Vale tecer a observação de que pluralidade de condutas não se confunde com pluralidade de atos, pois é cediço que uma conduta pode ser composta por vários atos²³⁵. No mais, o presente requisito não demanda maior profundidade na sua explanação.

8.2. PLURALIDADE DE DELITOS DA MESMA ESPÉCIE

“A pluralidade de condutas é necessária para ensejar a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie”, conforme transcreve MASSON (2014)²³⁶.

Para tanto, deve-se enfrentar o conceito de “crimes da mesma espécie”, que tal qual o instituto do crime continuado, esse mero requisito, isoladamente já é motivo de discórdia no meio jurídico.

ANDRÉA FLORES e JODASCIL GONÇALVES (2014)²³⁷ lecionam que “são aqueles crimes previstos no mesmo tipo penal, ainda que com pena cominada diferente”, citando como exemplos, um furto simples em continuação com um furto qualificado ou um furto

²³² MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.759.

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.465.

²³⁴ CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. VadeMecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.p.531.

²³⁵ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.760.

²³⁶ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.760.

²³⁷ FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 175.

praticado durante o repouso noturno, seguido de um furto consumado e outro tentado, e demais combinações, todos previstos no mesmo tipo penal.

Não obstante ser a posição minoritária, impende mencionar que há aqueles para os quais crimes da mesma espécie são os que tutelam o mesmo bem jurídico. Assim, como em uma possível combinação entre furto, estelionato e apropriação indébita, uma vez que todos tutelam o patrimônio²³⁸.

8.3. CONEXÃO TEMPORAL

O dispositivo legal também prevê a necessidade de condições de tempo semelhantes, assim compreendida como uma periodicidade entre as sucessivas ações²³⁹.

Como cediço no cotidiano do sistema penal brasileiro não há como fazer indicações precisas a esse respeito. Malgrado isso, em virtude da necessidade de enfrentamento dos casos concretos sobre o tema, a jurisprudência majoritária acabou por trilhar entendimento de que entre as infrações não deve decorrer lapso maior que um mês, segundo NUCCI (2014)²⁴⁰.

Sobre tal comportamento jurisprudencial, NUCCI (2014)²⁴¹ orienta que os magistrados não fiquem limitados a essa sistemática, pois há casos em que há um nítido ritmo preciso entre os delitos, apesar de ultrapassarem o liame de 30 dias. Para ele, havendo tal ritmo, o agente faz jus ao benefício. No mesmo sentido, entende ANDRÉA FLORES e JODASCIL GONÇALVES²⁴², fazendo alusão de que nos crimes de sonegação de impostos verificam-se entre eles o intervalo de um ano, mas é tido como crime continuado. Outro exemplo bastante didático citado pelos autores é o de um sujeito que por um trauma de infância, mata a cada ano um Papai Noel, na época de natal.

8.4. CONEXÃO ESPACIAL

238 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 175.

239 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.761.

240 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.469.

241 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p.469.

242 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 176.

Quanto à previsão expressa de deverem as condutas ser praticadas em semelhantes condições de lugar, a jurisprudência, pacificamente a majoritária, interpreta-a como sendo praticados na mesma cidade ou quando mais, em cidades próximas entre si²⁴³. Cite-se o exemplo tecido por NUCCI (2014): “o agente comete furtos sempre em torno do eixo da Grande São Paulo. Dessa forma, ora está em São Paulo, ora em São Bernardo do Campo, ora em Diadema, mas sempre nessa região.”.

Ademais, prescinde-se qualquer estipulação em distância (metros ou quilômetros) para a delimitação do liame espacial²⁴⁴.

8.5. CONEXÃO MODAL

Trata-se da expressa exigência de semelhança entre a maneira de execução das condutas. Traduz-se como o fato de que o autor deve se utilizar de um padrão análogo de condutas²⁴⁵, ou seja, do mesmo *modus operandi*. Nesse raciocínio, se ocorrer um arrombamento de vários carros estacionados na mesma rua, durante o acontecimento de um espetáculo e ao término os proprietários observam que todos tiveram seus vidros quebrados e aparelhos de sons levados, de pronto concluem se tratar do mesmo do mesmo autor, em razão da semelhante maneira de execução em todos os furtos²⁴⁶.

8.6. UNIDADE DE DESÍGNIOS

As divergências que envolvem a unidade de desígnios, prolongou-se no tempo, polarizando de um lado aqueles que a exigem como requisito essencial do instituto, e de outro, aqueles que a consideram como totalmente prescindível.

Para entender a discrepância, há de se discorrer sobre a teoria objetivo-subjetiva em confronto à teoria objetiva pura ou puramente objetiva.

Para a teoria objetivo-subjetiva, não basta estarem presentes os requisitos enumerados no *caput* do art. 71 do CP para ser configurada a continuação delitiva. Há de

243 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.762.

244 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 176.

245 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.762.

246 FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 176.

ser analisado se o agente carregava em sua mente a unidade de desígnios, equivale dizer, que tenha maquinado previamente os vários crimes que cometeu²⁴⁷.

Trata-se da posição predominante na seara jurisprudencial. Note-se do pertinente julgado emanado da Suprema Corte²⁴⁸:

Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subsequentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro. O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado.

Outrossim, veja-se do exemplo trazido por ANDRÉA FLORES e JODASCIL GONÇALVES (2014)²⁴⁹, muito contributivo em termos de esclarecimento:

Vejamos, quando o agente assalta um banco e, após gastar todo o dinheiro, resolve assaltar um segundo banco e, depois de novamente gastar o dinheiro, assalta um terceiro, não estaríamos diante da continuidade delitiva por falta de unidade de desígnios. Por outro lado, aquele meliante que, ciente de que a polícia militar de uma cidade encontrava-se em greve, resolve assaltar os três bancos da

²⁴⁷MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.762.

²⁴⁸RHC 93.144/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1.ª Turma, j. 18.03.2008. Em igual sentido: STF – HC 109.730/RS, rel. Min. Rosa Weber, 1.ª Turma, j. 02.10.2012, noticiado no Informativo 682. No STJ: HC 54.802/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 27.03.2008; e HC 93.440/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 21.02.2008.

²⁴⁹FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. Manual de Direito Penal. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.p. 177.

pequena cidade, responderia pelos crimes em continuidade delitiva, pois presente o requisito subjetivo da unidade de desígnios.

Por seu turno, a teoria objetiva pura ou puramente objetiva é a que exige para caracterização da continuidade delitiva apenas os requisitos de natureza objetiva, elencados no art. 71 do CP. Dispensa, portanto, a unidade de desígnios, de modo a não se ocupar da especulação sobre ter ou não o agente maquinado previamente todas as condutas²⁵⁰.

Encontra supedâneo no item 59 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal²⁵¹, cujo teor dispõe que “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva.”

Malgrado ser a adotada pelo Código Penal Brasileiro, é a teoria minoritária entre doutrina e jurisprudência, quais notadamente demonstram sua preferência por exigir que o autor delitivo tenha agido com “unidade de desígnios”, requisito subjetivo, pertencente à teoria objetivo-subjetiva.

9. REFERÊNCIAS

CAMPOS, Francisco de. **Exposição de motivos do Código Penal do Brasil**, n.º 27.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944. op.citt.,§ 2º.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2013.

FERREIRA, Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal I, parte geral: A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982**. 4ª ed.

FLORES, Andréa; GONSALVES, Jodascil. **Manual de Direito Penal**. 1ª ed. Campo Grande: Editora Saraiva, 2015.

MARQUES, José Antônio. **O Instituto do crime continuado - monografia**. Portugal: Ed. Petrony, 2013.

²⁵⁰MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.p.763.

²⁵¹CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. *VadeMecum Saraiva*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.p.503.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado. – Parte geral – vol.1.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PIMENTEL, Manoel de Pedro. **Do crime continuado.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum Saraiva.** 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

MARIANA FERNANDES TRIVELONI:
Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia
Universidade Católica. Advogada.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar de que maneira o princípio da liberdade é respeitado, principalmente, dentro das relações familiares no Direito Brasileiro, com principal enfoque na Lei do Planejamento Familiar, a fim de verificar se os seus dispositivos legais respeitam a liberdade individual que está prevista na Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This article aims to analyze in which way the principle of freedom is respected, mainly within family relationships according to Brazilian Law, focusing on the Family Planning Law, in order to verify if its legal devices respect individual freedom, expected in the Federal Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família encontra-se em constante evolução. A cada momento, novas formas de família, novas leis e adaptações surgem com o intuito de proteger aqueles mais vulneráveis.

Nos dias atuais, verifica-se uma grande mudança no conceito de família e nas próprias relações interpessoais que a compõem. O que antes era considerado uma verdade universal, hoje não é mais e, por isso, a liberdade se faz tão importante.

Pode-se considerar que o princípio da liberdade nas relações familiares é um grito de democracia, uma vez que garante autonomia e igualdade entre seus membros.

O respeito aos princípios do Direito de Família é de grande importância, a fim de valorizar e preservar toda a evolução que foi construída até o momento.

Caso houvesse um questionamento sobre quais os tipos de liberdades dentro do âmbito familiar há cinquenta anos, a maioria das pessoas informaria que eram muito poucas, pois todas as famílias eram iguais e deviam seguir as regras determinadas pelo Estado, ou seja, não havia uma forma de lidar com os diferentes, afastando assim, qualquer possibilidade de análise subjetiva do caso concreto.

Após observância do princípio da liberdade em seu sentido mais amplo, há a necessidade de se analisar a Lei nº 9.263/96 que trata sobre o Planejamento Familiar e regula o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal.

A partir do momento que existe uma determinada lei que regula o planejamento familiar, cabe questionar se os dispositivos presentes preservam os princípios constitucionais como a liberdade, além de outros.

O objetivo do presente artigo, portanto, é demonstrar como a liberdade deve caminhar juntamente com a evolução do Direito de Família e demonstrar se a lei do planejamento familiar respeita e protege a autonomia dos membros de uma relação familiar.

2 O QUE É A LIBERDADE?

De acordo com o Dicionário Michaelis, a palavra liberdade pode significar: “Nível de total e legítima autonomia que representa o ideal maior de um cidadão, de um povo ou de um país” ou “Poder de agir livremente, dentro de uma sociedade organizada, de acordo com os limites impostos pela lei”.

Este segundo conceito se destaca, pois verifica-se que a liberdade não é absoluta. O fato de poder agir livremente só é possível se ocorrer de acordo com os limites impostos pela lei, ou seja, até a autonomia conferida a alguém tem limitações.

Tais limites demonstram que a liberdade é o ponto de partida para qualquer decisão e atitude que se possa realizar, entretanto, dentro de um sistema organizado que delimita o que é possível e o que não ultrapassa a barreira do aceitável.

É necessário separar o conceito de liberdade segundo a Filosofia e sua aplicação no meio jurídico, pois pode se verificar na prática como seu significado é diverso, dependendo do campo de investigação.

2.1 A LIBERDADE SEGUNDO A FILOSOFIA

Até os dias atuais, a liberdade é uma das principais questões que inquieta o ser humano. Tal inquietação é justificável no sentido que se percebe o quão o conceito de liberdade é paradoxal.

Para uns, a verdade universal, e para outros, a subjetividade e análise cética de cada caso concreto. Com o objetivo de não cometer injustiças, o ideal e previsto deve ser a análise de cada caso, tendo em vista a impossibilidade de garantir a todos o mesmo direito, sem identificar a especificidade da causa.

De acordo com Kant, é possível compreender a autonomia da vontade como uma liberdade, uma vez que é a propriedade que implica a não escolha, de modo que as

máximas sejam incluídas simultaneamente como lei universal. Destacar que através da simples análise dos conceitos morais, pode-se calcular que “o princípio da autonomia é o único princípio moral”

Para o filósofo, o conceito de liberdade está intrinsecamente ligado à autonomia da vontade, um conceito só pode ser pensado se o outro estiver presente, pelo simples fato do ser humano ter aversão a agir contra sua própria vontade, pois, de certa forma, se tal fato fosse uma imposição, não estaria preservando, assim, sua liberdade.

Não obstante, Kant acredita que o único modo para a análise do conceito de liberdade ocorrer de maneira satisfativa, é por meio da reflexão da moral.

Por outro lado, apesar de Platão não ter se dedicado a escrever uma obra exclusivamente sobre a liberdade em si, em seus livros é possível entender seu pensamento sobre o conceito.

De acordo com Platão, a liberdade individual indicava “que a cada um é dada de dispor de todos os seus bens ou de adquirir os dos outros, e, depois, de tudo se desfazer, mas cabendo às leis (ao Estado) regular as liberdades.”

Em uma breve análise sobre tal conclusão, é possível verificar que Platão também não sustentava que a liberdade era absoluta e que sim, cabia ao Estado estabelecer o limite à essas liberdades.

Já Aristóteles, associa a liberdade à ação moral, que sempre visa a alcançar o bem maior, advindo de uma ação voluntária.

De acordo com Silva:

A liberdade aristotélica surge, então, como a atividade racional que, pelo hábito, busca a virtude (o bem), visando dar uma finalidade para a existência. A realização da liberdade (dar uma finalidade para a existência) é a própria felicidade (sumo bem), proporcionada e garantida pela política.

Em Aristóteles, considerando a premissa de que a ética e a política constituem duas dimensões de um mesmo fenômeno e que ambas visam um mesmo fim, é possível afirmar que a liberdade conduz à alteridade, pois ninguém, na prática, exerce, sozinho, a liberdade. Destarte, o exercício da liberdade pressupõe o outro e, na intersubjetividade do eu com o outro, se encontra o nós, a coletividade, a sociedade, a política. E é na polis, locus da essência do animal racional e político (zoon politicon), que também reside a

felicidade e com ela, a liberdade encontra sua razão de ser (SILVA, 2019, p. 148-149)

Para Aristóteles, a ação moral que visa alcançar um bem maior, busca a virtude. E o objetivo da liberdade é dar uma finalidade para a existência e, conseqüentemente, ao realizar todo este percurso, o cidadão chegar a um lugar de plena felicidade.

3 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família é um tipo de instituição que existe desde os primórdios. De acordo com Rousseau (1762, p. 25) “a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família (...) é a família o primeiro modelo das sociedades políticas”.

O ser humano aprende a conviver em sociedade a partir de suas vivências familiares. É dentro de uma relação familiar que o indivíduo adquire sua liberdade e compreende seus limites.

Até se chegar aos dias atuais, a família sofreu diversas alterações a fim de acompanhar a evolução da sociedade.

Essa evolução tem influência direta na forma como elas se organizam. O conceito familiar que existia no século passado, não é mais o mesmo dos tempos atuais.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2011, p. 120)

A fim de comparar com o Direito brasileiro, no Direito Romano, a família era organizada baseada exclusivamente no princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae AC necis*). Podia desse modo, vendê-los, impor-lhe castigos e penas corporais e, até mesmo, tirar-lhes a vida. Naquela época, a família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Além disto, antigamente, havia a crença de que os princípios não deveriam ser usados como base de fundamentação para garantir direitos ou decidir casos; estes atuavam como uma fonte subsidiária integrativa do direito que era claramente positivista.

Os princípios somente eram aventados em casos nos quais existia lacuna na lei. Ou seja, apenas na inexistência de legislação a respeito de determinado tema, na impossibilidade de ser utilizada a analogia e na ausência de esclarecimentos sobre os costumes é que se recorria, em último caso, aos Princípios Gerais do Direito.

Este fato demonstra como o direito correspondia ao engessamento do conceito de família. Tal comportamento impedia a exata adequação dos termos para a realidade vivida.

De acordo com Rolf Madaleno:

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado (...) A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, (2013, p. 32)

A partir do momento que a família inscrita na Constituição Federal de 1998 é a família-instrumento, funcionalizada por meio da promoção da personalidade de seus membros, deixando assim de existir a grande família, que passou a ser nuclear formada pela tríade pais e filhos (considera-se que a tríade pai, mãe e filho já não representa totalmente, tendo em vista o reconhecimento da multiparentalidade, bem como das uniões entre pessoas do mesmo sexo), os princípios ganharam seu devido destaque.

Estes princípios são responsáveis por ampliar seu próprio leque de pretensões juridicamente tuteladas, além de garantir que todas as pessoas sejam representadas nas codificações vigentes e decisões judiciais.

O artigo 226 da Constituição Federal dispõe em seu *caput* que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, bem como em seus parágrafos que tratam sobre o casamento, a igualdade entre homem e mulher etc.

De acordo com Lourival Serejo:

Embora os alicerces básicos do Direito de Família estejam atrelados ao direito privado, em nosso ordenamento jurídico, a vocação publicística do Direito de Família está assentada em nossa Carta

Maior, onde estão abrigados seus princípios e institutos norteadores, e firmada uma maior abrangência da tutela de proteção da família (*art. 226: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*). (SEREJO, 2004, p. 4)

Entretanto, cumpre-se ressaltar, que a entidade familiar deve ser entendida, atualmente, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois à outra conclusão não se pode chegar, sob análise do texto constitucional. Assim, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu "eu", sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele – afeto; decorram efeitos jurídicos diversos. Essa afetividade traduz-se, concretamente, no necessário e fundamental respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.

Por esta forma, percebe-se que a Constituição Federal logrou êxito ao identificar esta nova realidade. Formada por pessoas dotadas de anseios, necessidades e ideais que se alteram, significativamente, no transcorrer dos tempos, mas com um sentimento coletivo, a família deve ser compreendida como um ponto de referência comum na sociedade. Pode-se dizer que a Constituição promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como base a afirmação da cidadania como seu elemento propulsor.

Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, com a ajuda de princípios, a promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, sendo alicerce primordial para o alcance da felicidade.

4 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da liberdade no ordenamento jurídico brasileiro é bastante citado no Código Civil e na Constituição Federal, como foi demonstrado no capítulo anterior.

O artigo 1.511 do Código Civil dispõe: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."

A comunhão plena de vida significa um ponto de partida para que os partícipes da relação possam ter o seu pleno desenvolvimento pessoal sem ingerências externas.

Além disto, o princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e

administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

De acordo com Maria Berenice Dias:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filho, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639, parágrafo 2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares. (DIAS, 2015, p. 36)

Entretanto, cria-se um questionamento? Até que ponto, de fato, as pessoas dentro de suas respectivas relações familiares são livres para decidirem da forma que quiserem suas questões internas? O Estado limita esta suposta liberdade existente nas relações?

A liberdade traz consequências positivas e negativas a todos. Muitas vezes, dentro de uma relação familiar, a dependência emocional entre as partes ultrapassa o aceitável e caracteriza subordinação, bem como prejuízos à própria liberdade. Cumpre destacar que esta decisão, frequentemente, surge entre os participantes da relação, inexistindo ingerência externa.

Por outro lado, na prática, percebe-se que o Estado apresenta como justificativa para a intromissão na relação familiar, a necessária fiscalização, o que se torna justificável em situações onde existam filhos, que podem ser vítimas de condutas inadequadas de seus genitores, que ultrapassam os limites, que ferem o princípio da paternidade responsável e, conseqüentemente, a dignidade humana da vítima, podendo ensejar consequências cíveis e até sanções criminais.

Contudo, há alguns limites na liberdade imposta pelo Estado que merecem maior discussão, como no caso da Lei do Planejamento Familiar – Lei nº 9.262/1996 que será melhor abordada no próximo capítulo.

4.1 UMA ANÁLISE DA LEI Nº 9.262/1996 E A VIOLAÇÃO À LIBERDADE

Inicialmente, cumpre destacar que o artigo 226, § 7º da Constituição Federal dispõe:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, não paginado)

De acordo com Canotilho e Vital Moreira:

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais - informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2007, p. 858).

Marques e Lando (2020) afirmam que o planejamento familiar é um direito reprodutivo e entendê-lo como tal é de extrema importância para que ele se efetive verdadeiramente, de uma maneira consciente e autônoma. O planejamento familiar envolve o direito à informação, assistência especializada e acesso aos recursos que permitam a escolha livre e consciente de se ter ou não filhos, o seu número, a diferença de idade entre cada um e o método contraceptivo mais conveniente para os parceiros.

O planejamento familiar é livre decisão do casal e o Estado cumpre sua função de propiciar os recursos necessários para o exercício deste direito, portanto, verifica-se que há uma limitação constitucional imposta baseada nos princípios da dignidade humana e na paternidade responsável.

Além disto, cabe um destaque quanto a vedação a qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Mais do que um enunciado, deve ser um preceito respeitado integralmente pelo Estado.

Em 1996, entretanto, houve a criação da Lei nº 9.262/96 que apresentava mais limites ao planejamento familiar disposto na Constituição Federal.

Cumpra-se destacar que a Constituição Federal foi promulgada em 1988 e a referida Lei em 1996, ou seja, oito anos depois. Um curto espaço de tempo para a imposição de limites.

Em seu primeiro artigo, a lei destaca que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, portanto, repete o disposto na Constituição Federal. Mas até que ponto, de fato, o planejamento familiar é considerado um direito?

No segundo artigo é disposto:

Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. (BRASIL, 1991, não paginado)

Ao elaborar tal artigo, percebe-se que a intenção do legislador foi unicamente a busca pela prole, eis que determinou que o planejamento familiar apenas garantisse direitos à limitação ou aumento da prole. E os casais que não podem ou não querem ter filhos? Estes não têm direito ao planejamento familiar?

O referido artigo afastou qualquer possibilidade de o planejamento familiar abarcar os casais que não desejam ou não querem ter filhos, ocasionando uma certa discriminação.

Apesar da Constituição Federal afirmar que planejar uma família é de livre decisão do casal, a lei do planejamento familiar, em seu artigo 10, impõe condições para que o método contraceptivo de maneira voluntária possa ocorrer.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. (BRASIL, 1991, não paginado)

Cumpra-se destacar que a Lei 8.263/91 foi baseada no Código Civil de 1916, à época vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Este código possuía normas que submetiam a mulher ao controle do marido, pois era estabelecido o pátrio poder.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as demais leis deveriam se adaptar, tendo em vista a dinamicidade que existe, principalmente no Direito de Família, aproximando-as dos dias atuais.

Neste inciso I, somente é permitida a esterilização voluntária em casos em que os indivíduos possuem mais de 25 anos ou, pelo menos, com dois filhos vivos.

Este inciso escancara a incoerência entre o Código Civil de 2002 e a presente lei, pois conforme o artigo 5º, a menoridade civil cessa aos 18 anos completos. Após o atingimento da maioridade, o indivíduo está apto para decidir sobre todos os atos da vida civil. Então, por qual razão a esterilização voluntária só é permitida a partir dos 25 anos?

Verifica-se que a lei do Planejamento Familiar impõe uma série de obstáculos que impedem que os interessados exerçam sua liberdade individual.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) já se manifestou de forma contrária a tal determinação na referida lei.

De acordo com o art. 5º do Código Civil brasileiro, a menoridade extingue-se aos dezoito anos completos, quando a pessoa está habilitada a todos os atos da vida civil. Essa noção de capacidade revela-se em dois domínios distintos: o da titularidade e o do exercício pessoal e livre. Nessa lógica, parece de todo absurdo que uma legislação imponha uma idade superior à maioridade civil para a prática de um ato que, mais do que ser a prática de uma ação da vida civil, é um exercício de autodeterminação reprodutiva que se vincula à esfera pessoal e íntima dos indivíduos, sem causar quaisquer prejuízos a terceiros.

O indivíduo com 18 anos não é autorizado a realizar o devido procedimento de esterilização, mas é permitido a ele constituir família, conforme está disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Há a iminente necessidade de alteração destes dispositivos a fim de que aceitem e preservem a liberdade individual nestes casos.

Não obstante todas estas imposições, a esterilização voluntária só é permitida se o interessado tiver dois filhos vivos, o que demonstra um dever de procriação determinado

pelo Estado, pois quem não possui filhos, está impedido de realizar o procedimento de esterelização.

Ainda, destaca-se que, no final do inciso I, está determinado que o aconselhamento multidisciplinar propiciado pelo Estado visa a desencorajar a esterilização precoce.

A partir do momento que o Estado impõe determinado comportamento a fim de garantir um resultado esperado – no caso, o aumento de prole – este está novamente desrespeitando a liberdade individual, constitucionalmente prevista no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal.

Além deste princípio, o Estado viola os princípios da autonomia, igualdade e o próprio direito ao planejamento familiar.

Quanto ao inciso II do mesmo artigo, demonstra a permissão da esterilização voluntária em casos de risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, somente quando testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Novamente, percebe-se uma imposição estatal ao fato de ser necessário um relatório escrito e assinado por dois médicos para testemunhar o risco à vida da mulher ou do feto. A lei deve prever afrouxamentos em caso de emergência e não obstar comportamentos que possam salvar a vida das partes envolvidas.

No parágrafo 1º está disposto:

É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes. (BRASIL, 1991, não paginado)

Este parágrafo destaca a necessidade de expressa manifestação de vontade em documento escrito e firmado com todas as devidas informações da cirurgia e os devidos riscos. De fato, é importante que a parte interessada na esterilização voluntária esteja ciente do que enfrentará, entretanto, para pessoas analfabetas ou com dificuldade de escrita, como deve se proceder?

A referida lei, ao invés de facilitar o acesso às pessoas necessitadas, cada vez, o obstaculiza perante a liberdade individual.

Já no parágrafo 2º está disposto: “É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.”

Ao analisar-se o referido parágrafo, percebe-se que há a violação ao princípio da igualdade entre homem e mulher, tendo em vista que a mulher apresenta grande dificuldade na realização do procedimento, comparado ao homem. Não há qualquer justificativa apresentada para esta imposição de obstáculos de maneira exagerada.

O parágrafo 5º determina que: “Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”.

Em uma rápida leitura deste parágrafo, é possível perceber as limitações que ele apresenta, como, novamente, a violação às liberdades individuais. A obrigação determinada pelo Estado de que a mulher deve se submeter à autorização formal do cônjuge para a realização da esterilização, caminha assim, de forma contrária ao exposto na Constituição Federal.

Para Maria Celina Bordin e Ana Carolina Brochado Teixeira este parágrafo traz uma interferência indevida do Estado:

Entretanto, a Lei 9. 263 /96, criada com o objetivo de regular o planejamento familiar, parece ter ido além do papel destinado ao Estado na circunstância. A lei tem o grave defeito da excessiva ingerência na vida pessoal, ao criar parâmetros para o exercício do direito planejamento familiar que em muito ultrapassam o papel ativo do Estado, como estabelecido pelo §7º do art. 226 da Constituição. Exemplo disto é a exigência de consentimento expresso do cônjuge para que haja esterilização do outro, caso se dê na constância do casamento, segundo dispõe o §5º do art. 10 da referida lei, em flagrante limitação ao direito de disposição do próprio corpo. (BORDIN; TEIXEIRA, 2013, p. 122)

Como forma de impedir que fragmentos inconstitucionais façam parte da referida lei e a fim de combatê-los, atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5097) que foi ajuizada pela ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos).

A referida ação visa declarar como inconstitucional o parágrafo 5º, do artigo 10 da Lei nº9263/96. Em sua petição inicial está disposto:

Nesse sentido, toda mulher deve exercer o seu direito ao planejamento reprodutivo de forma consciente e livre de qualquer interferência, tanto do Estado como de qualquer outro indivíduo. A escolha sobre ter ou não ter filhos, ou sobre o número de filhos que terá, deve ser feita pela mulher, como titular do direito à liberdade de escolha e de disposição sobre o seu próprio corpo. (ANADEP, 2014, p. 14)

Prosseguem:

A exigência aqui trazida vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (artigo 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao conteúdo do artigo 226, §7º da nossa Constituição. (ANADEP, 2014, p. 16)

Além desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, mais recentemente, houve a propositura de outra, em 2018. Esta ADI 5911 foi ajuizada pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro) e busca a inconstitucionalidade parcial do inciso I do artigo 10 (quanto à idade superior a 25 anos ou existência de dois filhos vivos para poder realizar o procedimento) e total do parágrafo 5º do mesmo artigo da referida lei.

À época, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, em seu parecer nº 271438/2020, ao se manifestar sobre a ADI 5911/DF afirmou:

Embora se vislumbre o propósito a envolver a previsão – fundada no eventual arrependimento que possa acorrer a pessoas mais jovens – , verifica-se que existe ingerência em decisão individual de pessoas plenamente capazes, presumindo-as incautas e, por isso, inaptas para decidir sobre a própria vida reprodutiva, tendo-se a substituição da vontade individual pela legal.

Nota-se direcionamento estatal relacionado à livre decisão de ter ou não ter filhos, impondo-se, de algum modo, visão que supõe mais adequado resguardar a potência de eventualmente tê-los no futuro.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 10, o procurador assevera:

A perspectiva (legal) de consenso não deixa de ser uma maneira articulada de sujeitar as partes ao arbítrio de alguém, porque, se houver divergência de pensamento, incidirá a norma (ou seja, a

deliberação do Estado), e então prevalecerá a posição do dissidente contra o que pense o sujeito que pretenda submeter-se ao procedimento, a despeito de envolver um aspecto da sua própria e individual personalidade. (BRASIL, 1991, não paginado)

Portanto, o Procurador Geral da República se manifestou de forma favorável à ação proposta, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos” do inciso I do art. 10 da Lei 9.263/1996, bem como da integralidade do § 5º do mesmo artigo.

Diante do exposto, verifica-se que já existem movimentos com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos a fim de que se proíba a violação aos princípios da liberdade individual, isonomia, dignidade humana e interrompa a enorme ingerência do Estado sobre a vida do indivíduo, além da preservação do planejamento familiar de fato e da autonomia de cada pessoa.

Cumprе destacar ainda que o interesse estatal em desestimular a realização da esterilização não se justifica, eis que a conduta fere de forma evidente todos os princípios que devem ser assegurados a qualquer cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O planejamento familiar é defendido pelo Estado de fato desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 e com o advento da lei nº 9.263/96 a intenção estatal foi ratificada a fim de formalizar um direito que existia há muito tempo.

Entretanto, os artigos da referida lei, ao invés de assegurarem que os princípios constitucionais fossem preservados, como: dignidade da pessoa humana, autonomia, liberdade, planejamento familiar e isonomia, impuseram uma série de condutas aos interessados no procedimento que, na verdade, mais impede do que permite a realização desse direito.

A lei é posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, não acompanha alguns posicionamentos garantistas, o que faz com que ela seja tida como ultrapassada, tendo em vista que diversas das suas restrições impostas apontam para grandes divergências comparadas ao próprio Código Civil de 2002, que entrou em vigor poucos anos depois, como a exigência de o indivíduo ter 25 anos ou mais para ser autorizado a fazer o procedimento de esterilização (inciso I do artigo 10 da lei)

Não obstante, o parágrafo 5º do artigo 10 da mencionada lei, ao determinar que deve haver o consentimento formal do cônjuge para autorizar a esterilização, demonstra grande retrocesso à liberdade individual adquirida com tanta batalha pelas partes interessadas.

A inconstitucionalidade dos dispositivos se evidencia diante da tramitação de ações junto ao Supremo Tribunal Federal de ações próprias com grandes possibilidades de sucesso e que buscam preservar normas de eficácia superior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097/DF** (94.149/2015). Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP). Interessados: Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307833337&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.911/DF**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Interessados: Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 08 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307833337&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa. Brasília, DF, 12 jan. 96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1, São Paulo: RT, Coimbra, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad. de Valério Rohden. São Paulo: Abril cultural, 1974.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Tess Carvalho. LANDO, Giorgi André. A Inconstitucionalidade do artigo 10, I e § 5º, da Lei do Planejamento Familiar. **Research, Society and Development**, [s.l.], v. 9, n. 8, e493985937, 2020. ISSN 2525-3409. DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i8.5937>.

MORAIS, Océlio de. **Platão e a liberdade**. O liberal.com., 02 fev. 2021. Disponível em: <https://www.oliberal.com/colunas/ocelio-de-jesus-c-morais/platao-e-a-liberdade-1.351336>. Acesso em: 21 jun. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentário ao art. 226**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; S TRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013.

NASCIMENTO, Rosemberg. **A compreensão de liberdade na perspectiva Kantiana: princípio supremo da moralidade**. Pensamento Extemporâneo, 9 ago. 2012. Disponível em: <https://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=2273>. Acesso em: 13 jun. 2022

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Família e Responsabilidade: Teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. 2. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Márcio Luiz. O conceito de liberdade em Aristóteles, Hegel e Sartre: Implicações sobre ética, política e ontologia. **AUFKLÄRUNG**, João Pessoa, v.6, n. 2, p. 141-160, 2019;

INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES: EXTENSÃO DO MÉTODO INVESTIGATIVO AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

MAYENE HASHIMOTO FUTIGAMI:

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC.

WALTER MULLER²⁵²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo fora desenvolvido com o objetivo de abordar a infiltração virtual de agentes, modalidade de investigação que já encontrava previsão legal na Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) e na Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), e passou a ser aplicada aos crimes cometidos contra o público infantojuvenil com a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 13.441/2017). O referido método investigativo excepcional e sigiloso se presta para a colheita de indícios de autoria e materialidade hábeis a justificar o início do processo penal e, ato contínuo, punir os responsáveis pelos atos criminosos, garantir maior proteção às vítimas incapazes, bem como reduzir a ocorrência dos crimes cibernéticos praticados contra esses alvos. Para a efetiva obtenção de provas, no entanto, é necessário que a polícia infiltrada seja munida com tecnologia de qualidade, que sejam observados quais crimes autorizam a infiltração virtual de agentes e que não sejam extrapolados os limites da infiltração. Durante o estudo, além dos requisitos, também serão expostas as suas vantagens, características e a relevância para a preservação da dignidade sexual das crianças e adolescentes. Para a elaboração da pesquisa foram utilizadas fontes bibliográficas atuais e qualificativas, além de consultas a sites e artigos publicados na internet.

Palavras-chave: Infiltração virtual de agentes. Dignidade sexual de crianças ou adolescentes. Lei nº 13.441/2017.

ABSTRACT: This article was developed with the objective of approaching the virtual infiltration of agents, an investigation modality that already found legal provision in Law No. started to be applied to crimes committed against children and adolescents after the amendment of the Child and Adolescent Statute (Law nº 13.441/2017). The aforementioned exceptional and confidential investigative method lends itself to the collection of evidence of authorship and materiality capable of justifying the initiation of criminal proceedings and, subsequently, punishing those responsible for criminal acts, guaranteeing greater

252 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC.

protection for incapable victims, as well as reducing the occurrence cybercrime with these targets. In order to effectively obtain evidence, however, it is necessary for the undercover police to be equipped with quality technology, to observe which crimes authorize the virtual infiltration of agents and not to go beyond the limits of infiltration. During the study, in addition to the requirements, its advantages, characteristics and relevance for the healthy growth of children will also be exposed. For the elaboration of the research, current and qualifying bibliographic sources were used, in addition to consultations with websites and articles published on the internet.

Keywords: Virtual agent infiltration. Sexual dignity of children or adolescents. Law No. 13.441/2017.

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que nos últimos anos a tecnologia passou a fazer parte do cotidiano das pessoas de todo o mundo, notadamente no que se refere ao acesso à internet. A rede é utilizada para o trabalho, relacionamentos, lazer, comunicação, além de ser uma grande fonte de conhecimento.

Com tanto a oferecer, a internet também passou a ser incluída à rotina das crianças, que desde os primeiros anos de vida têm tido acesso aos celulares e computadores, muitas vezes sem a fiscalização dos responsáveis quanto aos conteúdos/sites/redes sociais pertinentes à maturidade da criança ou adolescente.

Este cenário de desatenção dos pais, somado ao acesso irrestrito da internet e à ingenuidade dos jovens, acabou por propiciar o palco perfeito para a ocorrência de crimes cibernéticos envolvendo o público infantojuvenil, tais como: pedofilia, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Com o crescimento gradativo dos crimes dessa espécie, o legislador entendeu por bem alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para inserir, por meio da Lei Federal nº 13.441 de 08 de maio de 2017, a figura do agente infiltrado na modalidade virtual. Esta medida excepcional de investigação se presta para a colheita de indícios de autoria e materialidade do crime, provas necessárias para justificar o início do processo penal.

A finalidade desse procedimento é o combate e/ou a redução dos casos de abusos sexuais comumente iniciados ou totalmente praticados no meio virtual, com a consequente extensão da proteção conferida às crianças e adolescentes no ambiente tecnológico. Contudo, para que a infiltração alcance o sucesso, é imprescindível que se atente ao procedimento legal, a fim de que as provas obtidas sejam válidas, e que sejam observados

os requisitos formais (existência de indícios de autoria e participação, impossibilidade de obtenção da prova por outros meios e autorização judicial) e os requisitos informais (tecnologia de qualidade e agentes qualificados), fatores que serão analisados durante o estudo do tema.

Assim, com base em pesquisas bibliográficas em livros, códigos, artigos e ferramentas disponíveis na Internet, o presente artigo tem como objetivo discutir e abordar a infiltração virtual de agentes, esclarecendo a sua origem, suas vantagens e requisitos à luz da Lei nº 13.441/2017, visando a repressão dos crimes desta espécie, em prol do desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

2.A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Durante o período da idade média, as crianças eram tratadas pela sociedade como adultos em miniatura, serviam meramente como mão-de-obra, trabalhavam nos mesmos locais que os mais velhos, vestiam as mesmas roupas e executavam os mesmos serviços - o que os diferenciava era tão somente o tamanho e a força física.

Eis que no decorrer do século XVII, com a criação das igrejas e a perpetuação de seu ideal de que as crianças se assemelhavam aos anjos pela inocência e pureza, a sociedade passou a reconhecer algumas diferenças entre as crianças e os adultos, bem como começou a se preocupar com a sua criação e construção moral, dando início à sua escolarização.

A partir do século XVIII, a sociedade já começou a tratar as crianças de acordo com as suas particularidades, garantindo-lhes um quarto apartado em suas casas, alimentação específica para a idade, etc. As famílias começaram a despertar sentimentos afetuosos com as crianças, acreditando que a infância era fase de orientá-las e educá-las.

Até que, no final do século XX, os direitos das crianças foram não apenas reconhecidos socialmente, mas solidificados por meio da promulgação de leis específicas prevendo garantias e deveres das crianças e seus responsáveis. A primeira disposição legal em prol das crianças surgiu no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que prevê que: *“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”*. Posteriormente, foi promulgado o Decreto nº 99.710/90, que aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança e a colocou em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990. Por fim, foi promulgada a Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Todos esses avanços históricos e legislativos foram imprescindíveis para maior proteção das crianças e adolescentes (indivíduos frágeis e carecedores de maior atenção e cuidados), sobretudo para que aqueles que ameaçassem ou violassem seus direitos fossem devidamente punidos. Entretanto, com o aumento desenfreado do acesso dos menores à rede de internet e, conseqüentemente, dos crimes cibernéticos envolvendo o público infantojuvenil, os diplomas legais existentes tornaram-se insuficientes para a persecução penal dos crimes desta natureza, dando ensejo à implementação de um novo método investigativo para combater as investidas dos criminosos no meio virtual, denominado “Infiltração virtual de agentes”.

3. CONCEITO LEGAL DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES

A infiltração virtual de agentes nada mais é do que um método excepcional e subsidiário de investigação, dependente de prévia autorização judicial em conjunto com a oitiva do Ministério Público, por meio do qual um policial é inserido no ambiente criminoso de forma dissimulada (com dados ocultos) e sigilosa, enquanto se passa por um integrante, com o objetivo de colher elementos e provas suficientes para o início do processo legal.

A técnica também conhecida como *undercover agent*, já encontrava previsão legal na Lei de Drogas e na Lei nº 12.850/13 (Organização Criminosa), mas com a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passou a ser aplicada também a alguns dos crimes cometidos contra o público infantojuvenil.

A Lei nº 13.441/2017, de que trata este artigo, trouxe consigo o rol de crimes que podem ser investigados por meio da infiltração virtual, mais especificamente no artigo 190-A: *“A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).”*.

Daí decorre que os seguintes crimes permitem a infiltração judicial: 1) Produzir, filmar, registrar etc. cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA); 2) Vender vídeo que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (art. 241 do ECA); 3) Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir etc. fotografia ou vídeo que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (art. 241-A do ECA); 4) Adquirir, possuir ou armazenar fotografia ou vídeo que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (art. 241-B do ECA); 5) Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração de fotografia ou vídeo (art. 241-C do ECA); 6) Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso (art. 241-D do ECA); 7) Invadir dispositivo informático alheio (art. 154-A do CP); 8) Estupro de

vulnerável (art. 217-A do CP); 9) Corrupção de menores (art. 218 do CP); 10) Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A do CP); 11) Favorecimento da prostituição de criança, adolescente ou vulnerável (art. 218-B do CP).

4. AGENTE PROVOCADOR OU *FISHING EXPEDITION*

Vale ressaltar, por oportuno, que na infiltração virtual de agentes o policial investigador não pode, por exemplo, ocultar sua verdadeira identidade e apresentar-se em redes sociais simulando ser uma vítima em potencial, enquanto incita pessoas aleatoriamente à prática de algum dos crimes mencionados no artigo 190-A da Lei nº 13.441/2017. Primeiro porque, conforme já abordado anteriormente, o policial infiltrado deve agir como um dos criminosos, lubrindo-os sobre a sua identidade real, a fim de obter confiança e informações confidenciais sobre um crime já praticado. Caso não tenha alvo específico e inicie uma busca especulativa sobre a ocorrência de um crime desconhecido, estará praticando o que se denomina *fishing expedition*. Segundo porque o policial que atua sem ter em vista um determinado suspeito, com a intenção de induzir terceiros a praticarem crimes, age como "provocador", o que configura crime impossível.

A *fishing expedition*, que pode ser traduzida como pescaria probatória, é a prática de vasculhar informações inerentes à intimidade e vida privada de um indivíduo, em patente violação de seus direitos fundamentais e extrapolação dos limites constitucionais, visando pescar provas de crimes desconhecidos, hábeis a subsidiar uma eventual acusação. E é justamente pela incerteza da ocorrência de ato ilícito que o ordenamento jurídico veda tal meio de obtenção de prova.

O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas se tem "convicção" (o agente não tem provas, mas tem convicção). Com o uso de tecnologia (Processo Penal 4.0), cada vez mais se obtém a prova por meios escusos (especialmente em unidades de inteligência e/ou investigações paralelas, todas fora do controle e das regras democráticas), requeitando-se os "elementos obtidos às escuras" por meio de investigações de origem duvidosa, "encontro fortuito" dissimulado ou, ainda, por "denúncias anônimas fakes". (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, 2021).

Já o agente provocador é aquele que, embora não queira o resultado, incita a prática de um crime, atuando como um indutor, despertando uma vontade, preexistente ou não, do indivíduo em praticar um crime para, posteriormente, prendê-lo ou acusá-lo. Tal conduta, no entanto, não pode ser adotada pelo policial infiltrado, que deve agir apenas

passivamente, como um observador privilegiado de crime já praticado, enquanto reúne informações, sob pena de extrapolar os limites investigativos.

O agente infiltrado deve, por definição, manter-se como observador privilegiado, não cabendo a ele tomar parte de qualquer ação delituosa. Não se ignora que, por vezes, durante a infiltração, o agente possa vir a participar ou até mesmo provocar a comissão de um delito. Mas, nesse caso, ele estaria extrapolando o objetivo da sua atividade. (FRAGOSO, 2006).

Em suma, o agente infiltrado deve agir nos estritos limites da autorização judicial, não podendo iniciar uma pescaria probatória, tampouco agir como agente provocador. Caso contrário, o policial estará extrapolando sua função e eventual prova obtida durante a investigação poderá ser considerada ilícita, assim como as derivadas dela (Teoria dos frutos da árvore envenenada).

5.VANTAGENS DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL

A infiltração virtual foi inserida ao Estatuto da Criança e do Adolescente para a repressão de crimes envolvendo o público infantojuvenil e tem algumas vantagens sobre a infiltração presencial (espécie comum).

A primeira e mais relevante vantagem é segurança do infiltrado. Como na infiltração virtual o infiltrado pode ocultar a sua identidade e se manter geologicamente distante dos investigados, é óbvio que a sua integridade física está sob menor risco.

Além disso, a infiltração virtual deve ser realizada de forma sigilosa, de forma que até a sua conclusão apenas o juiz responsável pela autorização da medida, o Delegado de Polícia presidente do inquérito e o Ministério Público podem ter acesso às informações constantes dos autos. Com essa cautela, fica resguardada não apenas a identidade do agente infiltrado, mas também a intimidade da vítima (que muitas vezes é exposta por meio de imagens e textos, cuja exposição pode causar diversos danos para si e para seus familiares).

Não obstante, diferentemente da infiltração presencial, a infiltração virtual não é uma faculdade conferida ao policial, logo, nesta espécie de investigação não é necessário que o agente concorde com o procedimento e também não cabe a ele recusar ou fazer cessar a infiltração.

A infiltração na modalidade virtual veio para acompanhar o avanço da criminalidade, garantindo um novo meio de obtenção de prova para, conseqüentemente, impedir o avanço dos crimes cibernéticos cometidos contra crianças e adolescentes.

Saliente-se que esta não é uma vantagem exclusiva deste público-alvo, uma vez que a novidade implica em evolução para o Direito como um todo.

6. REQUISITOS

6.1 REQUISITOS FORMAIS

São os requisitos previstos na legislação vigente, notadamente na Lei nº 13.441/2017.

6.1.1 Indícios de autoria e participação

O inciso II, do artigo 190-A, da Lei nº 13.441/2017, demonstra que para a infiltração virtual é necessário que se tenha indícios de autoria ou participação, ou seja, do *fumus commissi delicti*.

E assim o é porque o texto legal exige o nome ou apelido da pessoa investigada, bem como prevê que a infiltração deve ser decretada de forma subsidiária, o que indica que a infiltração deve ter um alvo específico ou ao menos um suspeito.

Muito embora essa condição pareça, num primeiro momento, contraditória, já que uma das finalidades do procedimento de infiltração é justamente a obtenção da qualificação do suspeito, fato é que disposição em contrário implicaria na criação de um “estado de vigilância”, em detrimento dos direitos humanos como o da privacidade, intimidade e segurança dos indivíduos.

6.1.2 Impossibilidade de se obter a prova por outros meios

O parágrafo terceiro do artigo 190-A, da Lei nº 13.441/2017 também é claro ao estabelecer que: “A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios.”

Portanto, antes de se realizar a infiltração virtual, cujo caráter é de *ultima ratio*, é necessário que esta medida específica se mostre imprescindível e que sejam esgotadas as outras possíveis técnicas investigativas menos gravosas e invasivas.

Consigne-se que também é possível que a infiltração seja associada a outras formas de investigação, cabendo ao Poder Judiciário a autorização do emprego de outras técnicas, como por exemplo, a quebra de sigilo de dados telemáticos.

6.1.3 Prévia autorização judicial

Conforme já salientado anteriormente, o inciso I, do artigo 190-A, da Lei nº 13.441/2017 reza que a infiltração judicial deve ser precedida de autorização judicial circunstanciada e fundamentada, a qual deverá estabelecer os limites da investigação, após a oitiva do Ministério Público.

6.2 Requisitos informais

Como o próprio nome indica, são os requisitos que, embora não estejam expressamente previstos na legislação vigente, se mostram imprescindíveis para que a investigação apresente resultados satisfatórios.

6.2.1 Tecnologia de alta qualidade

Para que a infiltração seja bem-sucedida, é evidente que os policiais devem ter em mãos as ferramentas necessárias para realizar o procedimento da forma mais célere e eficiente possível.

Isso significa que os agentes devem ter acesso à tecnologia de ponta (computadores e celulares de qualidade, internet com alta velocidade, programas/aplicativos que auxiliem na investigação, monitoração, contato com os demais policiais etc.).

6.2.2 Agentes qualificados

Não obstante, em se tratando de infiltração virtual, ainda mais importante do que capacitação física, é que o profissional habilitado seja um *expert* na área da informática/ciência da computação, para que saiba aplicar os recursos tecnológicos a ele conferidos.

Embora pareça óbvio, é sabido que a maior preocupação dos policiais em geral é o aprimoramento físico e, por essa razão, não há um número considerável de profissionais que se especializaram na área informática.

Isso significa que, por mais eficiente que seja a infiltração virtual, sua realização é muito limitada pela quantidade de requisitos do procedimento e insuficiência de policiais capacitados.

7. DURAÇÃO

De acordo com o inciso III, do artigo 190-A, da Lei nº 13.441, o prazo de duração da infiltração virtual de agentes de polícia para a investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes é de noventa dias, com a possibilidade de se admitir mais sete renovações, desde que comprovadamente necessárias, observando-se que o total não pode exceder setecentos e vinte dias.

Contudo, o estabelecimento de prazo máximo para a conclusão da investigação não parece correto quando se leva em consideração o tempo demandado para conquistar a confiança do investigado, sobretudo porque as pessoas que praticam crimes cibernéticos estão cada vez mais atentas às investigações, o que dificulta o estabelecimento de vínculos sólidos suficiente para a coleta de elementos.

Ainda sobre os prazos, o artigo 190-A prevê que ao após noventa dias e, eventualmente, a cada renovação, devem ser apresentados relatórios parciais, todavia, o juiz e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais antes mesmo da conclusão desse prazo.

8. LEGITIMIDADE

Segundo o artigo 190-A, inciso II, da Lei nº 13.441/2017, a infiltração de agentes deve ser requerida pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, através de representação.

E a referida disposição legal está em absoluta conformidade com o procedimento, já que dentre as atribuições do Ministério Público está justamente o dever de estabelecer a verdade dos fatos para, posteriormente, munido das provas, propor a ação penal. E o mesmo vale para o Delegado de Polícia que, na condição de presidente do inquérito policial, é o mais apto a verificar qual é o policial mais habilitado e se a infiltração virtual de agentes se mostrará ou não eficaz para o caso.

Já para a execução de fato da infiltração, o artigo 190-A considerou legitimados os "agentes de polícia", deixando sabiamente em evidência a exclusão de agentes de inteligência, membros do Ministério Público e Particulares.

Por outro lado, o termo genérico utilizado pode levar à interpretação de que são legitimados os policiais militares, policiais rodoviários, policiais ferroviários, guardas municipais, o que se mostra equivocado.

Isso porque, de acordo com o artigo 144 da Constituição Federal, para a atuação como agentes infiltrados, são legítimos apenas os policiais civis e federais, os quais são autorizados por lei para apurar infrações penais em razão da atribuição legal investigativa.

9. RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

É claro que o policial que oculta a sua identidade para se infiltrar virtualmente não incorre nos crimes de falsidade documental ou ideológica, haja vista que a conduta típica praticada é essencial para que o agente possa manter a sua identidade fictícia e obter êxito na colheita das provas.

Isso ocorre porque a conduta, embora criminalmente típica, foi consumada sob o manto da excludente de ilicitude e/ou culpabilidade, que pode se dar em quatro hipóteses. A primeira seria uma causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, já que o policial poderia comprometer a finalidade da infiltração caso decidisse não participar do crime. A segunda seria exclusão da culpabilidade por obediência hierárquica não manifestamente ilegal, já que, conforme esclarecido anteriormente, a participação não é facultada ao policial. A terceira seria uma causa de exclusão da ilicitude por estrito cumprimento do dever legal, já que a investigação é inerente ao seu dever. E a quarta seria atipicidade penal da conduta, seja por ausência de dolo do agente, seja por ausência de imputação objetiva.

Entretanto, caso o agente deixe de observar os limites da finalidade da investigação, poderá responder pelo excesso, conforme disposto no artigo 190-C da Lei nº 13.441.

Exemplifica-se a desproporcionalidade na investigação que poderia caracterizar excesso:

Dessa forma, com a finalidade de identificar determinado criminoso e de comprovar que se trata de alguém que armazena e transmite imagens pornográficas de crianças e adolescentes para posteriormente submetê-los a prostituição ou outra forma de exploração sexual, o agente infiltrado pode receber tais imagens, pode armazená-las para posteriormente juntá-las ao relatório da investigação, como também pode transmiti-las caso seja necessário para não dispersar a confiança dos criminosos investigados. O mesmo pode ser dito de produções pornográficas envolvendo crianças e adolescentes: se o agente policial registra, com finalidade probatória, algo que está sendo transmitido via internet não há crime de sua parte. Se, no entanto, o agente infiltrado, além de lidar com essas imagens, decidir encontrar uma criança ou um adolescente com a finalidade de praticar atos libidinosos, ainda que sob o pretexto da investigação, parece óbvia a caracterização do excesso punível (CUNHA e PINTO, 2017. P.[não paginado]).

10.CONCLUSÃO

Com o passar dos anos e a evolução da sociedade, a concepção que se tinha sobre a infância foi alterada drasticamente, de tal sorte que as crianças e adolescentes adquiriram diversos direitos garantidos por leis.

De outro lado, é fato público e notório que a criminalidade acompanhou a evolução sociológica e tecnológica, passando a existir não só no plano físico, mas também no ambiente virtual, com todos os tipos de alvos.

Infelizmente, as crianças e adolescentes que nasceram nesta geração, embora sabidamente frágeis e dignas de maior atenção e proteção, são adeptas à tecnologia desde muito cedo e, por consequência, acabam virando alvos fáceis de crimes praticados na internet, sobretudo porque não são devidamente fiscalizadas pelos seus responsáveis.

Assim, a fim se de preservar a dignidade sexual dos menores incapazes, o direito teve que se adequar e evoluir para que os criminosos da internet não passassem impunes, visando formas de encontrá-los, identificá-los e impedi-los de prosseguir com as condutas, principalmente quando praticadas contra crianças e adolescentes.

Para tanto, foi instituída a figura do agente infiltrado, com a função de colher indícios de autoria e materialidade dos crimes cibernéticos. O instituto foi inserido na Lei nº 13.441/2017 e, mesmo sendo recente, tem se mostrado um meio eficaz de obtenção de provas. Ocorre que, conforme abordado durante o estudo, são vários os requisitos para que a infiltração virtual seja bem-sucedida, que dependem de formalidades legais, da contribuição do Poder Judiciário, de acesso à tecnologia de qualidade, além de profissionais qualificados para a função. Caso contrário, o procedimento pode expor em risco não só o agente, mas também eventuais vítimas envolvidas.

Embora pareça inviável num primeiro momento, é possível afirmar seguramente que, com a observância de todos estes pressupostos, o número de crimes cometidos contra o público infanto juvenil será reduzido drasticamente, o que contribuirá para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, devidamente preservados de possíveis abalos físicos e psíquicos decorrentes de crimes iniciados ou totalmente praticados no meio virtual.

Essa inovação tende a propiciar um futuro repleto de adultos confiantes, tolerantes e comunicativos, sem traumas de uma infância marcada pela violência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e do adolescente. **Portal Planalto: o site oficial da Presidência da República do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm > Acessado em 19 de março de 2021.

Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade Mecum.*

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual.** *Conjur*, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual> > Acessado em: 28 de julho de 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.** 2017, Dizer Direito. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentesde.html> > Acesso em: 28 de julho de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Infiltração de agentes de polícia na internet.* Migalhas, 2017. Disponível em:

< <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258738,101048-Infiltracao+de+agentes+de+policia+na+internet> > Acessado em 29 de julho de 2021.

FRAGOSO, Rodrigo Falk. *Agente provocador.* Disponível em: < <https://fdocumentos.tips/download/rodrigo-falk-fragoso-orientador-prof-dr-joao-mestieri-depararemos-com> > Acessado em 30 de julho de 2022.

JUNIOR, Joaquim. **A infiltração policial na Internet para repressão de crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-policial-internet/> > Acessado em 19 de março de 2021.

MORELIM, Raquel. **O conceito de infância ao longo da história ocidental.** Disponível em: < [OLIVEIRA FILHO, Antonio Roberto de. *Os limites materiais da infiltração virtual de agentes policiais: a responsabilidade penal do agente infiltrado virtual.* 2020. Disponível em:](https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/o-conceito-de-infancia-ao-longo-da-historiaocidental.htm#:~:text=Na%20idade%20m%C3%A9dia%20a%20crian%C3%A7a,14.)> Acessado em 29 de julho de 2022.</p></div><div data-bbox=)

<https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/55202/1/2020_tcc_aroliveirafilho.pdf>
Acessado em 30 de julho de 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de *fishing expedition* no processo penal.**
Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>> Acessado em 29 de julho de 2022.

S. NETO, Francisco. **Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal.** Disponível em: <
<https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes/>> Acessado em 19 de março de 2021.

S. NETO, Francisco. **Inquérito Policial e Prisões Provisórias – Teoria e Prática de Polícia Judiciária.** São Paulo: Ideias e Letras, 2014.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos – Ameaças e Procedimentos de Investigação.** 2. ed. Rio de Janeiro : Brasport, 2013.

FEMINICÍDIO COMO REFLEXO DO SISTEMA PATRIARCALISTA AO LONGO DOS SÉCULOS

BIANCA CORDEIRO DE OLIVEIRA:
Graduanda do Curso de Direito da
UNIFUNEC.

REGINA SOUZA
(orientadora)

RESUMO: O crime de feminicídio, tipificado no Código Penal brasileiro pela Lei nº 13.104/2015, decorre da construção de gênero pautado na desigualdade entre homens e mulheres e do patriarcado. À luz dessa objeção, a análise histórica examina questões culturais e sociais, que justificam a perspectiva de inferioridade criada pelo sexo masculino sobre a figura feminina. Traz em seu decorrer, referências de estudiosos para melhor compreensão dessa problemática, estes, entendem o sistema patriarcal como principal fator a que se deve a violência contra a mulher. O sistema patriarcalista sugere que ao homem é dado o papel principal na sociedade, principalmente em relação ao poder, e à mulher um papel secundário, ficando à mercê somente de seu lar e a educação de seus filhos. Ainda que atualmente a mulher venha conquistando o seu espaço em diversos setores, esse tipo de violência e, sobretudo, o feminicídio, chegam ao poder judiciário todos os dias no Brasil, fato este que leva-se a compreender a complexidade do fenômeno. É indispensável um olhar voltado à saúde pública e a discussão de gênero para que haja um progresso efetivo frente a esse cenário repugnante.

Palavras-chave: Feminicídio. Patriarcalismo. Violência contra a mulher.

ABSTRACT: The crime of femicide, typified in the Brazilian Penal Code by Law nº 13.104/2015, stems from the construction of gender based on inequality between men and women and patriarchy. In light of this objection, the historical analysis examines cultural and social issues, which justify the perspective of inferiority created by the male sex on the female figure. It brings in its course, references from scholars for a better understanding of this problem, they understand the patriarchal system as the main factor to which violence against women is due. The patriarchal system suggests that men are given the main role in society, especially in relation to power, and women are given a secondary role, being at the mercy only of their home and the education of their children. Although women are currently gaining space in various sectors, this type of violence and, above all, femicide, reach the judiciary every day in Brazil, a fact that leads to an understanding of the complexity of the phenomenon. It is essential to look at public health and the discussion of gender so that there is effective progress in the face of this disgusting scenario.

Keywords: Femicide. Patriarchy. Violence against women.

1 INTRODUÇÃO

O crime de feminicídio positivado no ordenamento jurídico brasileiro e praticado ao longo dos séculos na sociedade, tem-se na maioria dos feitos, a figura masculina como polo ativo. Este crime de gênero, em sua forma mais aguda, culmina na morte de mulheres e relaciona-se com o fato de que, socialmente a figura feminina, ainda é vista como vulnerável e inferior. Todavia, as raízes desse tipo penal se pautam em decorrências de questões culturais e sociais. Uma vez que a própria sociedade estabelece padrões de conduta aos homens e mulheres, se torna oportuno e propício a perpetuação da violência de gênero. É amparado a essa distinção que se origina a desigualdade entre ambos os sexos, a qual deprecia o gênero em razão de ser feminino

O sistema patriarcal sobre o qual a sociedade foi arquitetada, perdurou e se enraizou, sendo campo fértil para cultura machista, a qual reflete em espaços públicos e privados. O “direito” que o homem pensa que detém, de domínio e controle sobre suas companheiras, bem como, de se fazer serventia da violência para tanto, passou a ser validado e admitido pela sociedade.

Ao que se concerne às espécies de violência contra a mulher, de acordo com a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340 promulgada em 2006, pode ser física, psicológica, sexual, econômica, e doméstica, entende-se, portanto, que a mulher sofre violência e discriminação de todas as maneiras.

Ainda que nas últimas décadas tenha havido progressos em relação à garantias e direitos, a mulher ainda se esbarra em conflitos para encarar barreiras proveniente do acúmulo de atribuições oriundas de sua integração ao mercado de trabalho e administração da vida familiar, às quais abrangem as atribuições de cuidado e educação dos filhos, nas tarefas domésticas, das responsabilidades do trabalho formal, da “harmonia” no relacionamento amoroso, na atenção com a sua estética numa sociedade assentada em aparências, entre outras responsabilidades. Apesar de algumas evoluções, são raros os homens que assumem a divisão de obrigações de manutenção dos deveres da vida familiar.

A fim de contextualizar essa problemática, este artigo tem o escopo de entrelaçar reflexões ao que se refere a cultura do patriarcalismo na construção de gêneros, em seguida, faz-se necessário um olhar voltado ao quesito jurídico, aplicação, e o tratamento dado pela lei brasileira sobre essa hediondez, que muito embora os legisladores tenham tipificado esse delito no código penal, há adversidades no tocante a sua efetividade. Assim, contudo, o crescimento refletido pela instituição da qualificadora do feminicídio, a taxa de assassinatos de mulheres justificados pelo seu sexo é progressivo no Brasil.

Por fim, o estudo traz levantamentos de casos reais e concretos de feminicídios que repercutiram em nível nacional, que ao observar isoladamente as motivações que levaram tal feminicidas a cometerem o referido delito, nota-se o *animus necandi* ligado a razões que evidenciam resquícios da cultura da objetificação e inferioridade feminina, evidenciando o machismo.

2 O LEGADO DA CULTURA PATRIARCAL NA ESTRUTURAÇÃO DA CULTURA DE GÊNEROS

A desigualdade de gênero surge a partir do instante em que são concedidas estereótipos relacionados aos homens e às mulheres, logo que nascem. A masculinidade e a feminilidade são construídas socialmente. Na medida em que a masculinidade é ligada ao sexo masculino, sendo traçado como sendo o sexo mais racional e menos sentimental, aptidão sexual desenvolvida, brutalidade e superioridade. Desde a infância, os meninos são educados a serem “machos” e bravios. Já a feminilidade é relativo ao sexo feminino, a qual sustenta a ideia de sensibilidade, sentimentalismo, fragilidade e passividade. A menina é disciplinada com o objetivo de se tornar uma “boa” moça e ter “bons” modos.

A partir dessa concepção, designa-se a divisão de tarefas, concedendo ao homem o setor público e à mulher, o setor privado. Ao passo que verifica Pinho (2005, p. 56) “É no ambiente doméstico, hoje, e desde os tempos mais remotos, que se elaboram as estruturas de distribuição de poder e se prepara a mulher para a submissão e o homem para exercer a dominação.”

A discrepância de gênero é fato histórico e possui intervenção de mitologias, crenças religiosas e ciência, as quais auxiliaram para a estruturação das relações desiguais entre os homens e as mulheres. Neste sentido, explana Puleo

[...] na Grécia, os mitos contavam que, devido à curiosidade própria de seu sexo, Pandora tinha aberto a caixa de todos os males do mundo e, em consequência, as mulheres eram responsáveis por haver desencadeado todo o tipo de desgraça. A religião é outro dos discursos de legitimação mais importantes. As grandes religiões têm justificado ao longo dos tempos os âmbitos e condutas próprios de cada sexo.

Assim sendo, a sociedade é que cria estereótipos para os sexos e constrói, mesmo que espontaneamente, ao estabelecer um molde de consultas apoiado na diferença de sexo, conservando esses valores de gerações em gerações. Nessa linha de raciocínio, outro grupo de teóricos sustenta a definição de gênero como sistemas culturais. Senão, veja-se o que explicam Carvalho e Nascimento:

Esse marco ressalta as diferenças entre homens e mulheres sustentados por dois sistemas imensuráveis que moldam, respectivamente, desde a infância, homens e mulheres. Essas trajetórias é que seriam as responsáveis pelas diferenças entre homens e mulheres a partir do fortalecimento de valores culturais, formando subculturas na sociedade. (CARVALHO, Marília Gomes; NASCIMENTO, Tereza Cristina. 2001, p. 4)

A discussão acerca dos direitos e da defesa das mulheres tem progredido nos últimos tempos, porém ainda se mostra delimitado pelas idealizações e pelos feitos da cultura patriarcal. Se faz necessário a reflexão sobre as medidas cabíveis voltadas à prevenção através das razões que aduziram para os reflexos violentos, tais como os ligados às condições sociais, econômicas, políticas e culturais

É de extrema importância ressaltar as lutas feministas de resistência em defesa dos direitos humanos fundamentais, que engloba o gênero em tela, revelando-se à identidade empregada por uma pessoa com base em seus genitais, sua atribuição na sociedade, suas diferenças sociais, e papéis adotados pelo sentir, pensar e agir.

Ao que concerne às dificuldades enfrentadas pelas mulheres, no tocante à desigualdade, frequentemente é motivado como "normal", uma vez que sempre houveram injustiças nesse sentido, em todos setores, elas se estabelecem em um nível de segunda classe na sociedade, e isso é nítido e inquestionável.

Godelier (1982), apoiado em novas pesquisas antropológicas, concorda com o pressuposto de que sempre verificou-se uma hierarquia de poderes, em razão da qual os poderes cabem aos homens.

O pensamento machista está cravado em virtude das manifestações do patriarcado nas conexões entre os sexos. Não obstante, na proporção em que as sociedades evoluíram as maneiras de discriminação contra a mulher igualmente se modificaram, tornaram-se requintadas, sofisticadas, o que não justifica ser menos intolerável:

A inferioridade e incapacidade das mulheres foram sendo adquiridas com o seu encerramento no lar, paralelamente e uma dependência sexual agravada. Com o passar dos milênios e a estruturação das sociedades de classe, a divisão dos papéis se solidificou. Passou a ser acompanhada de um trabalho ideológico que tende a racionalizar e a justificar a inferioridade das mulheres, sua segregação, e que encontra sua expressão nos mitos dos povos primitivos. [...] uma constante permanece: a inferioridade das mulheres, seu confinamento nos papéis tradicionais (ALAMBERT, 1986, p. 94).

Observa-se em ambientes domésticos onde trabalham homens e mulheres, em média, ambos empregam tempos iguais para realizar o trabalho, contudo, à mulher ainda é acometida de injusta divisão das tarefas domésticas e da educação dos filhos, suportando-se assim, com uma dupla jornada de trabalho.

A jornada do trabalho profissional, a manutenção da organização e afazeres domésticos, o empenho matrimonial, em muitas ocasiões, dificulta a mulher com os cuidados pessoais. É habitual, que a mulher se sinta produto de mercadoria, uma vez que as cobranças para com ela, só aumentaram, no entanto o respeito e a igualdade da sociedade à mulher seguem limitados.

A chave para transformações positivas a caminho da igualdade e harmonia, está em ratificar raízes que visam renunciar uma categoria de sexo, extinguindo dessa forma, papéis preestabelecidos de subordinações. Se faz necessário empenhos constantes por maiores condições de melhorias da mulher, e para obter resultados nesse sentido, é indispensável a educação dela mesma e essa, lamentavelmente, será a revolução mais demorada da história, isso se deve pelas origens, motivações e costumes, que traçam os comportamentos, impactando em alto grau o modo de viver e de pensar.

O patriarcalismo reflete até mesmo em ambientes de local de trabalho, deixando rastro de injustiça e opressão à mulher. Nota-se que “no Brasil, as mulheres recebem em média 30% a menos para desempenhar as mesmas funções” (PORQUE, 2015) mas se ela for negra, pobre, obesa e mãe solteira, esse percentual eleva ainda mais.

É necessário educar as crianças para que detenham ideias e condutas em prol da valorização, do respeito, da autonomia de meninas, futuras mulheres:

Toda a educação das mulheres deve ser relativa aos homens. Em todos os tempos, os deveres das mulheres, aqueles que lhes devem ser ensinados desde a infância, consistem em agradar aos homens, em ser-lhes úteis, em fazerem-se amar por eles, educá-los quando são pequenos, cuidar deles quando crescem, dar-lhes conselhos, consolá-los e tornar-lhes a vida agradável e doce (ROSSEAU, 2004, p. 527).

Sabe-se que as condutas negativas praticadas contra a mulher, estão oprimidas pelo silêncio, e se opor contra esses hábitos não é algo simples, e por vezes, pode ser arriscado.

Ao decorrer do tempo, têm-se promulgado leis para tipificar e criminalizar certos costumes, que ainda que de modo gradativamente, estão sendo reprimidos em grande

parte do Brasil, entretanto, depara-se com grandes obstáculos em se fazer cumprir as leis. Logo, é fundamental a importância de estimular esse combate, com o escopo de ratificar essas condutas que lesam profundamente os direitos humanos.

2.1 A construção sociocultural da inferioridade feminina

Desde o princípio da humanidade, a distinção entre os sexos já prevalece, ao homem foi conferido a ideia de força física, portanto, ficando ele responsável por tarefas como caça, pesca e a agricultura. Já a mulher, por ser o oposto, estabeleceu a ideia de que ela devia ficar à mercê do lar e dos seus filhos. Segundo Dias (2010), essa separação culminou ao homem o espaço público, externo, produtor e da dominação, enquanto à mulher o espaço interno, reprodutor e da submissão; estes padrões de comportamento, geram um código de conduta.

Fundamentado nesses valores que a relação de gênero se estabeleceu e se perpetuou. A exteriorização da ideia de domínio masculino se manifesta por meio da violência, figurando a mulher como vítima. Nessa linha de raciocínio, se faz essencial a análise da ilustre Maria Berenice Dias, que indica a sociedade como a maior culpada pela violência contra a mulher:

A sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem de superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade. Afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade. Desde o nascimento o homem é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo pra casa, não ser mulherzinha. (DIAS, 2007, p. 16)

O filósofo Sigmund Freud também enfatiza a “supervalorização” do homem, este, retrata a mulher como um ser passivo e que não dispõe de senso de justiça, e segundo ele, este fato está relacionado com um conjunto de inferioridade em razão da inveja do órgão reprodutor masculino.

À vista disso, fica claro que o sexo masculino é dotado de poder e superioridade em virtude do sistema que predomina na sociedade, ainda que hoje de uma forma indireta, o patriarcalista.

O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e,

consequentemente, a personalidade, também são marcados pela dominação e violência que têm sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo (CASTELLS, 2010, p. 169).

Não obstante, outros filósofos como Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant também alimentaram a subordinação da mulher, como sendo algo orgânico e fundamental, segundo estes, estas não seriam munidas de ética e moral assim como o sexo oposto, que teriam princípios. Do mesmo modo, Sigmund Freud descreve o sexo feminino como um ser passivo e desprovido de senso de justiça, com um conjunto de inferioridade, causado pela inveja de carência de membro fálico.

À luz desse problema, nota-se que a relação de soberba entre os sexos é resultado de um complexo cultural, originado e alimentado por filósofos e estudiosos ao decorrer dos séculos, estes já propagavam a concepção sobre o sexo feminino, enfatizando-se em validar que a mulher, era um ser naturalmente composto de uma inferioridade.

2.2 Olhar de objetificação do corpo feminino

O fato abordado anteriormente, de que a figura feminina é considerada inferior por aspectos culturais e sociais, faz com que, ainda no mundo contemporâneo, se mantenha a ideia de que a mulher deve submissão ao homem e, por conseguinte, a ele é dado o poder e o controle sobre o corpo feminino.

Este estereótipo, reflete a objetificação da mulher, ou seja, banaliza a sua imagem, e tem sobre ela uma perspectiva de um objeto, ignorando seus conceitos sentimentais e psicológicos. Objetificar alguém, como explana BELMIRO et al (2015): " A objetificação, termo cunhado no início dos anos 70, consiste em analisar um indivíduo a nível de objeto, sem considerar seu emocional ou psicológico."

É evidente a objetificação da mulher, sobretudo, em propagandas. O conteúdo de diversos comerciais, tem a imagem feminina sexualizada, renunciando o emocional da mulher. Logo, senão bastasse a mulher transmitir a reputação de um sexo vulnerável e submisso, passa a ser além disso, objeto de satisfação das excitações do homem. Seus corpos são transmitidos como produto e pouco importa seu interior. Essa naturalização e banalização pela mídia, da imagem feminina, também alimenta execivamente a cultura do estupro, outro problema social relacionado com a objetificação da mulher.

À mulher, foi imposta a ideia de submissão para com seu lar, criação dos filhos, e agora também, a obrigação de estarem sempre produzidas para seus esposos de forma

sensual e atraente. Tudo isso, para serem incluídas a uma padronização de comportamentos que uma mulher deveria ter.

Ao que faz referência à objetificação do corpo feminino, o autor Pierre Bourdieu em sua obra: A dominação Masculina, instrui que:

“As mulheres só podem aí ser vistas como um objeto, ou melhor, como símbolos cujo sentido se constitui fora delas e cuja sua função é contribuir para a perpetuação ou o aumento do capital simbólico em poder dos homens” (BORURDIEU, 2017.p. 66).

Em virtude disso, conclui-se que as mulheres tinham a obrigação apenas de encarregar-se de sua “missão” como mulher, ou seja, procriar, permitindo ser dominada pela a figura masculina.

A Constituição de 1988, atual no Brasil, resguarda no seu artigo 5º nos seus incisos, I e II, “que homens e mulheres, são iguais em Direitos e Obrigações, e que ninguém é obrigado a fazer algo ou deixar de fazer, senão em virtude de lei”. É evidente a discrepância quando analisado sob a ótica do cotidiano real vivido por mulheres brasileiras, uma vez que estas sofrem recorrentemente alguma espécie de abuso, são discriminadas pela simples razão de pertencerem ao gênero feminino, vistas por muitos, como insuficientes e desprovidas de capacidade intelectual para assumir determinados cargos, seja de liderança de uma empresa, seja de funções importante no âmbito da política, em virtude da sua condição de ser mulher.

Liberdade e igualdade são direitos escassos na vida de muitas mulheres, sobretudo, brasileiras. Em um país onde se encontra o machismo enraizado, tem-se a figura masculina como o ditador das regras, e conseqüentemente, as mulheres subordinadas a estas. A mulher brasileira, têm seus direitos violados e falta a ela, o controle sobre seus próprios corpos, resultando nos dias atuais a objetificação do corpo feminino.

Ser mulher, em um país que socialmente prega a ordem Democrática, porém diversas vezes, normaliza e acentua a essência dos princípios patriarcais, colabora de certa forma, em casos de feminicídio e estupros de mulheres, e em várias situações estas são coagidas a episódios de constrangimentos, como por exemplo, ser assediada contra sua vontade em uma festa, ou qualquer outro ambiente, fato este, que se dá em decorrência, de muitos homens não respeitarem o querer de uma mulher, invadindo a sua dignidade.

3 FEMINICÍDIO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

3.1 Lei nº 13.104/2015

A Lei n.º 13.104/2015 foi promulgada, hoje conhecida como Lei do Feminicídio e tem o seguinte dispositivo:

Homicídio simples

Art. 121. [...]

Homicídio qualificado

§ 2º [...]

Feminicídio

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

[...]

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

[...]

Aumento de pena [...]

§7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Art. 2º O art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º [...]

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).” Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.” (BRASIL, 2015)

A este crime atribuiu o legislador a qualidade de hediondo, incluindo-o no inciso I do artigo 1º da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

3.2 feminicídio como uma qualificadora do homicídio

Com o advento da Lei nº 13.104/2015, surge uma punição específica para os crimes de homicídio cometidos contra a mulher por razões de gênero. Quando não havia positivado o referido dispositivo, o crime de feminicídio era penalizado de forma genérica, ou seja, como homicídio simples.

A Lei nº 13.104/2015, trouxe em sua redação de forma expressa, que o crime de feminicídio deve ser tratado como homicídio qualificado. Assim sendo, o feminicídio é o tipo penal que condena o assassinato de mulheres que acontece no Brasil, concedendo a este tipo de brutalidade um nome jurídico, bem como sanções específicas, demonstrando, a violação direta aos direitos humanos das mulheres e propondo-se dar maior proteção a elas.

Compete-se, contudo, da tipificação de uma expressão para retratar condutas habituais que estão inseridas em uma sociedade notoriamente patriarcal.

É válido um olhar comparativo da qualificadora 'feminicídio' em relação à Lei Maria da Penha. Foi por meio do caso de Maria da Penha Fernandes, que deu origem à referida Lei, que retrata as relevantes consequências da posse de uma arma de fogo em um ambiente doméstico agressivo. Em 1983, Maria da Penha sofreu uma tentativa de homicídio pelo seu próprio marido, que desferiu tiros de espingarda, e, ainda que tenha sobrevivido, ficou paraplégica. Assim como é o caso de muitas mulheres, Maria sentiu medo de denunciar o seu agressor por se sentir ameaçada, e também de causar descrença por parte da Justiça brasileira. A defesa do ofensor sempre alegava irregularidades no processo e este respondia sempre em liberdade.

Só no ano de 2006 que foi promulgada a Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, após o Estado Brasileiro ter sido condenado por omissão e negligência pela Corte Internacional de Direitos Humanos. A Lei engloba regras processuais estabelecidas para defender a mulher vítima de violência doméstica, que antes não tinha no código penal, não estabelece um rol de condutas tipificadas em sua redação.

Entretanto, nota-se que o feminicídio não abrangia a Lei Maria da Penha, porém, suas medidas protetivas também podem ser aplicadas às vítimas de feminicídio. A Lei nº 13.104/2015 também prevê três causas de aumento de pena exclusivas para a qualificadora 'feminicídio' em seus incisos do § 7º do art. 121. Assim sendo, tem-se que a pena será majorada se: no momento do crime, a vítima estava grávida ou havia apenas 3 meses que ela tinha tido filho; se, no momento do crime, a mulher (vítima) tinha menos de 14 anos, era idosa ou deficiente; se delito foi praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima. Cabe ressaltar, porém, que é necessária a presença do dolo, isto é, o agente deverá ter ciência das situações expostas para que incidam as causas de aumento

4 CASOS DE FEMINICÍDIO QUE REPERCUTIRAM NO BRASIL

Faz-se necessário a análise sob a perspectiva de casos reais de feminicídios que repercutiram no Brasil. Ao refletir os episódios e o que o motivou fazer com que, tal indivíduo, viesse a cometer tal crime, agindo sem tamanho crueldade, fica nítido a tipificação penal, ou seja, o assassinato de mulheres pelo simples fato de ser mulher, quando há “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

4.1 Caso Eliza Samúdio em 2010:

O caso aconteceu no ano de 2010, Eliza Samudio foi assassinada a mando do goleiro Bruno. Eliza conheceu Bruno Fernandes, enquanto ambos estavam em uma festa na residência de um jogador de futebol. Na época dos fatos, Eliza era garota de programa, porém deixou de trabalhar após se envolver com Bruno, a pedido deste, que por sua vez era casado.

Em agosto de 2009, Eliza descobre estar grávida de Bruno, notícia que não foi bem recebida pelo jogador. Ao propor que ela fizesse um aborto, a mesma se recusa. Se passado dois meses, já em outubro, Eliza prestou queixa na polícia afirmando que havia sido mantida em cárcere privado por dois amigos de Bruno, Russo e Macarrão, que a agrediram e a obrigaram a tomar pílulas abortivas.

Eliza deu à luz um menino em fevereiro de 2010 e buscou de Bruno o reconhecimento de paternidade da criança, além de uma pensão. Ele se recusa.

A modelo desapareceu no começo de julho de 2010, após visitar o sítio do jogador no interior de Minas Gerais. Ela teria ido até lá a mando de Bruno, que demonstrava ter mudado de ideia sobre um possível acordo. Depois do desaparecimento, a criança foi encontrada em uma comunidade em Ribeirão das Neves (MG). A data provável da morte de Eliza é o dia 10 de julho de 2010.

A investigação aponta que Eliza teria sido levada a Minas Gerais desacordada, após ser agredida na cabeça. Lá, ela foi assassinada e esquartejada a mando de Bruno. Seu corpo teria sido jogado a cachorros.

4.2 Caso Eloá em 2008

Eloá Cristina Pimentel morreu aos 15 anos vítima de feminicídio cometido pelo ex-namorado, Lindemberg Fernandes Alves, que tinha 22 anos. O caso aconteceu na cidade de Santo André, no interior de São Paulo, e foi amplamente coberto pela mídia na época.

Eloá estava em casa fazendo um trabalho de escola com três amigos, Nayara Rodrigues, Iago Vieira e Victor Campos, quando Lindemberg invadiu o apartamento e ameaçou o grupo. O assassino libertou os dois rapazes e permaneceu com as duas meninas em cárcere privado. No dia seguinte, libertou Nayara, mas a jovem acabou retornando à casa em uma tentativa desesperada de ajudar na negociação.

O sequestro durou cerca de 100 horas e só terminou no dia 17 de outubro, com a invasão da polícia ao apartamento. Quando percebeu o movimento, Lindemberg atirou em Eloá, que foi atingida por dois tiros, e morreu. A amiga, Nayara, também levou um tiro, mas sobreviveu.

A cobertura da mídia sobre o caso foi duramente criticada, principalmente por uma entrevista ao vivo feita no programa "A Tarde É Sua", então comandado por Sônia Abrão. A apresentadora conversou com Lindemberg e Eloá e atrapalhou o andamento das negociações.

Em 2012, Lindemberg foi condenado a 98 anos e dez meses de prisão.

4.3 Caso Maníaco do Parque em 1998

O motoboy Francisco de Assis Pereira matou 11 mulheres e fez 23 vítimas antes de ser preso. Conhecido como o "Maníaco do Parque", ele foi identificado com base em informações dadas pelas vítimas que sobreviveram aos seus ataques. O serial killer costumava estuprar e matar mulheres na região sul de São Paulo, no Parque do Estado.

Os crimes aconteceram em 1998. Francisco atraía mulheres com muita lábia, dizendo ser um "caça-talentos". Assim, conseguia levá-las ao parque. Depois de divulgarem o retrato falado do suspeito, ele foi identificado por uma mulher que foi abordada por ele. Ela acionou a polícia e a busca por Francisco, que havia fugido, terminou na fronteira com a Argentina, em Itaqui (RS).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a diferença de gêneros e a construção de estereótipos é estabelecido socialmente aos longos dos séculos e está diretamente ligado à cultura patriarcal enraizado por uma evidente dominação masculina, e embora a mulher tenha conquistado cada vez mais o seu espaço, a desigualdade entre ambos os sexos, ainda se faz presente diariamente.

O crime de feminicídio e a violência contra à mulher, é uma realidade no Brasil, todos os dias mulheres são vítimas desse crime hediondo. Resultado de um machismo historicamente marcado pelo sistema patriarcal, que ainda reflete no século XXI. Desse modo, é de extrema relevância o valor da Lei 13.104/2015, pois por meio dela, é que se

tem maior transparência e conhecimento sobre o rol de violência contra a mulher, assim, combatendo a desigualdade de gênero, que por séculos foi dissimulada na sociedade.

Entretanto, ainda que o projeto da Lei do feminicídio traga efeitos graduais, e puna mais severamente o agressor, é necessário que a sociedade reflita e repense a respeito dos estereótipos, que obstrua a ideia pré-formadas de atribuições sociais destinadas ao sexo masculino e feminino, os conceitos que limitam as mulheres e a inserem em um grupo social abaixo aos homens. Para isso, é de extrema relevância projetos que insiram debates e discussões de gênero em escolas e a elaboração de políticas afirmativas.

Ademais, faz-se menção do poder executivo, legislativo e judiciário, a estes cabe o dever de dar maior visibilidade e ênfase a um problema tão perpetrado na realidade das mulheres, de tal maneira a alcançar relevantes mudanças, que não se limitam ao direito penal, mas à sociedade como um todo. Além da necessidade de criação de políticas públicas de proteção ainda mais a mulher que vem sofrendo as consequências do machismo, seja dentro do seu ambiente familiar, ou até mesmo fora dele, é necessário o apoio de um suporte financeiro do governo, uma rede de apoio, que acolha esta mulher, uma vez que se constata que em muitos casos, a vítima de agressão de violência doméstica, não deixa o seu agressor por depende-lo financeiramente deste, onde muitas vezes, agressões de formas verbais e físicas à mulher, já não é mais o suficiente, resultando assim, em uma fatalidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Maria de Fátima. Gênero violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder edominação. **Psicol. Am. Lat.**, México, n. 14, out. 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

CARVALHO, Marília Gomes; NASCIMENTO, Tereza Cristina. **Sensibilização do público masculino para discutir, compreender e modificar as relações tradicionais de gênero.** Relatório apresentado a ADITEPP. 2002. MIMEO.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.** São Paulo: Paz e Terra, 2010.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: **A efetividade da Lei nº 11,340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 16.

GODELIER, Maurice. **Métamorphoses de la parenté**. Paris: Arthème Fayard, 2004.

LOURENÇO, Ana Carolina Silva; ARTEMENKO, Natália Pereira; BRAGAGLIA, Ana Paula. A "objetificação" feminina na publicidade: uma discussão sob a ótica dos estereótipos. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE, 19., 2014, Vila Velha. **Anais...**Vila Velha: Intercom, 2014. p. 1 - 15.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade**: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. Disponível em: <https://psicod.org/leda-de-oliveira-pinho.html>

PONTE, Sarah Venâncio. **A violência de gênero e a sua repercussão na legislação brasileira com ênfase na nova lei do feminicídio**. 2015. 86 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015

PULEO, Alicia. Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Orgs.). **Políticas públicas e igualdade de gênero**. 1. ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. p.13.

REDAÇÃO HYPENESS, **Feminicídios: 6 casos que pararam o Brasil**. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2021/08/feminicidio-6-casos-que-pararam-o-brasil/>

RODRIGUES, Annelise Siqueira Costa. **Feminicídio no Brasil**: uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero. 2016. 83 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016

ROSSEAU, Jean Jacques Emílio. **Ou da educação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SENADO FEDERAL. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar a situação da mulher vítima de violência no Brasil**. 2013, p. 1002.

ZAPATTER, MAÍRA. **Violência contra as mulheres e violência de gênero**: qual a diferença?. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/03/10/violencia-contra-mulheres-violencia-domestica-e-violencia-de-genero-qual-a-diferenca/>.

OS PRECEDENTES E A APROXIMAÇÃO E DISTINÇÃO DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E O *COMMON LAW*

REGINALDO LOURENÇO PIERROTTI JÚNIOR:

Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos no programa de pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito Notarial e Registral pelo IBMEC. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor de pós-graduação e graduação em Direito.

LUCIANA FERREIRA LIMA²⁵³

(coautora)

RESUMO: O sistema *civil law* vem se aproximando, paulatinamente, do uso dos precedentes na prática jurídica. No estudo da gênese da aproximação entre os sistemas *common law* e *civil law*, o presente artigo visa investigar a origem remota dos precedentes vinculantes, especificamente com relação ao sistema romano-germânico, com objetivo de verificar os elementos de aproximação e distinção entre estes dois sistemas, a partir do estudo das fontes do direito romano.

Palavras-chaves: precedentes; common law; sistema romano-germânico; fontes do direito.

ABSTRACT: The civil law system has been gradually approaching the use of precedents in legal practice. In the study of the genesis of the approximation between the common law and civil law systems, this article aims to investigate the remote origin of binding precedents, specifically in relation to the Roman-Germanic system, in order to verify the

253 Doutoranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos no programa de pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direitos Humanos e Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO. *Máster (Título Propio) en Cuestiones Contemporáneas en Derechos Humanos* pela *Universidad Pablo de Olavide*. Especialista em Direito e Comunicação Digital pela FMU. Bacharel em Direito pela Faculdade de Presidente Epitácio/SP. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Professora de pós-graduação e graduação em Direito. Advogada.

elements of approximation and distinction between these two systems from the study of the sources of Roman law.

Keywords: precedents; common law; Romano-Germanic system; law sources.

INTRODUÇÃO

Com a adoção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro – entendido como um dos pilares do Novo Código Civil – passou-se a discutir com maior profundidade a eficácia do sistema da *civil law* frente às novas demandas por celeridade, previsibilidade e segurança.

Certo é que atualmente os sistemas jurídicos não se apresentam mais como “modelos puros”, dada a complexidade e convergência entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Cada vez mais, os países de tradição *civil law*, como é o caso do Brasil, vêm apresentando, em sua prática jurídica, um modelo de aplicação de precedentes na construção do Direito. A discussão sobre o uso dos precedentes no país intensificou-se a partir da Emenda Constitucional 03/93, com a inclusão do efeito vinculante no nosso sistema jurídico.

Em vista do desenvolvimento dessa convergência entre o *common law* e o *civil law*, este artigo propõe a estudar as origens mais remotas da vinculação dos precedentes, buscando elementos de aproximação e distinção entre o sistema *common law* e o sistema romano-germânico.

Com efeito, o sistema de precedentes é marcante no sistema da *common law*, mas não lhe é exclusivo, podendo ser identificado já na origem do direito processual romano, o que lhe transforma em apenas um ponto em comum entre os sistemas.

Para tanto, inicia-se os estudos tecendo breves considerações sobre a história das instituições políticas romanas correlacionando-a com a evolução do processo civil, desde a *leges actiones*, no período pré-clássico do direito, até a *cognitio extra ordinem*, do período pós-clássico, passando pelo período clássico com o processo formular.

Na sequência, realizar-se-á uma breve análise das fontes do direito romano e das origens dos precedentes nessa tradição jurídica a partir da *responsa prudentio* e, mais adiante, do *decreta* e do *rescripta* emitidos pelo imperador. Por fim, a pesquisa demonstrará pontos de aproximação e distinção entre os sistemas *common law* e o romano germânico.

1 BREVIÁRIO DA HISTÓRIA DAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS ROMANAS: ENTRE AS FONTES DO DIREITO E O PROCESSO ROMANO

Das civilizações antigas, Roma foi a que mais contribuiu para o desenvolvimento da história do Direito, história essa que se desenvolve no mesmo contexto da história política romana. Os romanos, desde sua antiguidade, vivenciaram, como forma de governo, a monarquia (753 a.C. até 509 a.C.), a república (509 a.C. até 27 a.C.) e o império (27 a.C. até 565 d.C.)²⁵⁴. O período de expansão imperialista romana divide-se, ainda, em duas fases: Principado e Dominato.

O Principado teve início em 27 a.C. até 285 d.C., quando o Senado investiu Otaviano (Caio Júlio César Otaviano), herdeiro de Júlio César²⁵⁵, com o título de *princeps*, passando a exercer o poder supremo no Império, passando a se chamar Augusto (BRANDÃO, 2020, p.17). A principal característica dessa fase é que, enquanto em Roma a monarquia era exercida de forma mitigada, pois o *princeps*, como primeiro cidadão, respeitava as instituições políticas; nas províncias imperiais se vivia sob uma verdadeira monarquia absolutista, pois o *princeps* tinha poderes discricionários:

O *imperium majus* de Otávio Augusto concedeu-lhe a liberdade de interferir nas províncias senatoriais e seria até esperado que os senadores sancionassem os nomes dos pró-magistrados após consultarem o imperador (...), uma inversão da tradicional consulta ao senado (COLLARES, 2010 p. 67).

Na fase do Dominato, de 285 d.C. a 565 d.C., estreado pelo imperador Diocleciano, a monarquia torna-se tirânica por todo Império – tanto em Roma quanto em suas províncias. O *princeps* converte-se em *dominus*, onde antes existia o respeito ao Senado e as instituições passa a ser um governo absolutista. “Após (...) a consolidação do Dominato – regime autoritário do Estado romano – o imperador passou a concentrar poderes de caráter despóticos, monopolizando as fontes criadoras do direito (...)” (BOAMORTE, 2021, p. 236).

A história do direito romano é compreendida em três períodos: o período o pré-clássico, que vai desde as origens da Roma Antiga (753 a.C.) até, aproximadamente, entre os anos de 149-126 a.C., onde o processo se desenvolvia através da *leges actiones*, o período clássico, vivenciado sob os regimes da República e do Império, entre os anos de 149-126 a.C. – com a criação da *Lex Aebutia*, introduzindo o processo formular – até o

²⁵⁴ As datas que se apresentam neste trabalho não são precisas, mas apenas uma proximidade, dada as divergências que foram encontradas durante a pesquisa.

²⁵⁵ Júlio César (Caio Júlio César) foi um importante militar, patricio e político romano, governou Roma entre 49 e 44 a.C. como um ditador absoluto.

término do reinado de Diocleciano²⁵⁶, em 305 d.C.; e, por fim, sob o imperialismo do Dominato, o período pós-clássico, com início em 305 d.C., perdurando até a morte de Justiniano²⁵⁷, em 565 d.C., período no qual o processo se dava por meio da *cognitio extra ordinem* (ou *cognitio extraordinária*). Em suma, o processo romano teve como fases as *leges actiones* (Ações da Lei), o *per formulas* (processo formular) e o *cognitio extraordinária* (processo extraordinário).

1.1 LEGES ACTIONES (AÇÕES DA LEI)

A *leges actiones*, traduzidas com “ações da lei”, eram os processos civis legais, reservados, inicialmente, aos cidadãos romanos, chefes de família, para o reconhecimento de um direito ou para a execução de um julgamento. *Actio* (ação) era o direito de perseguir em juízo aquilo que lhe era devido, no direito romano o direito subjetivo é tutelado pela ação (SERRANO; CASEIRO NETO, 2002, p. 194 e 196).

Oral, formalista e rigoroso, o procedimento na *leges actiones* era excessivamente solene, com a rituais inderrogáveis que deveriam ser obedecidos nos seus exatos termos: qualquer desvio ou omissão de um gesto ou palavra poderia ensejar em anulação do processo. Os litigantes não podiam sustentar suas pretensões utilizando as próprias palavras, devendo empregar vocabulário exato e gestos determinados, pronunciando fórmulas orais prescritas.

(...) para caracterizar sua rigidez, este exemplo colhido nas *Institutas* de Gaio (IV, 11): se alguém, ao intentar ação de perdas e danos contra outrem que lhe cortara videiras do terreno, usasse do termo *uites* (videiras), em vez de *arbores* (árvores), como estabelecia a lei, somente por isso perderia a demanda (ALVES, 2018).

Os procedimentos da *leges actiones* foram estabelecidos pela lei ou nos termos da lei (DUCOS, 2007, p.114), substituindo os antigos processos consuetudinários. Eram, também, submetidos à *ordo judiciorum privatorum* (ordem dos juízos privados), que consistia na divisão da instância em duas fases: *in jure* e *in judicio*. A instância *in jure* ocorria perante o magistrado (pretor), figura que representava o Estado, que, no exercício das funções judiciárias não podiam atribuir direitos a ninguém, mas apenas conceder ou negar ações (ALVES, 2018). Nessa fase processual, o autor da ação convidava o réu para comparecer em juízo, que poderia ser conduzido à força no caso de recusa ao comparecimento. O pretor-magistrado, que se limitava a presidir à instauração do

²⁵⁶ Diocleciano (Caio Aurélio Valério Diocleciano) foi o imperador romano de 284 d.C., até sua abdicação em 305 d.C.

²⁵⁷ Também chamado de Justiniano, o Grande (Flávio Pedro Sabácio Justiniano Augusto), foi imperador romano oriental que governou desde 527d.C. até à sua morte, em 565 d.C.

processo, após ouvir o autor decidia se conceder-lhe-ia ou não a ação. Uma vez concedida, era fixado os elementos da controvérsia e designado para o caso um juiz (*iudex*).

Na instância *in judicio*, se dava perante o juiz (*iudex*), similar a figura do árbitro, tratava-se de um terceiro particular, geralmente escolhido de comum acordo pelas partes ou escolhido pelo magistrado se não houvesse acordo. O *iudex*, a partir dos elementos fixados pelo pretor-magistrado, analisava as provas produzidas, conduzia os debates e proferia a sentença.

Havia cinco diferentes tipos de ação, sendo três ações de conhecimento – *actio per sacramentum*, *actio per judicis postulationem* e *actio per conditionem* – e duas de execução – *actio per manus injectionem* e *actio per pignoris capionem*.

Apresentada como *actio generalis* (ação genérica), no início, a *actio per sacramentum* ou *leges actio sacramento* era o único modo de propor ação: sempre que a lei não determinasse um tipo especial, esta ação poderia ser intentada, tanto contra uma pessoa – *sacramentum in personam* – quanto contra uma coisa – *sacramentum in rem*. “Era a ação pela qual as partes se comprometiam, perante o magistrado, mediante juramento, a entregar ao Estado o produto de uma aposta (*sacramentum*) por parte daquele que fosse vencido na demanda” (BORGES, 1987, p. 42). Era uma espécie de caução ou fiança que os litigantes depositavam como garantia, quem perdia o pleito, perdia, também, a caução. Era chamado de *sacramentum*, pois, originalmente era um juramento com implicações religiosas.

A *actio per judicis postulationem*, era uma ação especial utilizada para demandar direito oriundo de um contrato verbal solene (*stipulatio*), de partilha de bens (*actio familiae erciscundade*), de divisão de bem comum (*actio communi dividundo*), demarcação de bens imóveis (*actio finium regundirum*) (BORGES, 1987, p. 44).

O processo *per conditionem* tinha por objeto a tutela de créditos, *in pecunia* ou *in natura*, oriundo de empréstimo sem garantias consoante a simples promessa (*sponsio*) de quitação, por parte do devedor. Caracterizada por procedimentos mais simples e rápidos do que o *sacramentum*, a *actio condictio* era uma forma de intimação em que o demandante se dirige ao demandado para que este, dentro de trinta dias, compareça diante do magistrado, para que, além de tomar conhecimento do litígio, seja designado o *iudex*. Tratava-se de ação abstrata, uma vez que o autor não necessitava declarar o fundamento (causa) do crédito (MEIRA, 1988, p. 267).

Nas ações executivas, *actio per manus injectionem* e *per pignoris capionem*, a primeira tinha por objeto a cobrança de dívidas, podendo o devedor apresentar defesa e

nomear um fiador, em caso de não apresentar defesa o magistrado entregava o réu ao credor, que poderia aprisioná-lo por até 60 dias. Se, transcorrido o prazo, não houvesse o pagamento, o credor poderia vender o devedor (BORGES, 1987, p. 46-47). Já o processo *per pignoris capionem*, consistia na apreensão por parte do credor, de objeto pertencente ao devedor, sem necessidade de prévia autorização do magistrado; o objeto era conservado na posse do credor como garantia, até que a dívida seja paga (DUCOS, 2007, p.117). Há muita discussão doutrinária sobre a natureza e o procedimento desta ação, tão pouco se sabe ao certo o que acontecia após a apreensão do bem (MEIRA, 1988, p. 269).

1.2 PER FORMULAS (PROCESSO FORMULAR)

No início, o *ius civile* e o acesso ao magistrado estavam disponíveis apenas aos cidadãos romanos, chamados de patrícios; os plebeus (estrangeiros), não tinham direitos tutelados pela ordem jurídica romana. Com o desenvolvimento de Roma e a pressão plebeia, surgiu a figura do pretor peregrino (242 a.C.), com o objetivo de solucionar os litígios entre os estrangeiros e entre estes e os cidadão romanos, através da fixação das fórmulas predeterminadas. O processo formular foi criado nesse contexto de inclusão dos estrangeiros no direito, e, paulatinamente, foi substituindo a *leges actiones*, pois, além do seu formalismo excessivo, essa só poderia ser aplicada aos cidadãos romanos. Duas são as leis romanas que instituíram as fórmulas: a *Lex Aebutia* e as *Leges Juliae*²⁵⁸. Muito pouco se sabe sobre estas duas leis, porém é inegável suas contribuições para o desaparecimento da *leges actiones*.

Tratava-se do exercício do direito de perseguir aquilo que lhe é devido, através do uso das fórmulas (SERRANO; CASEIRO NETO, 2002, p. 196), que era um documento redigido pelo magistrado *in jure*, que continha a indicação da questão que o *iudex* deveria resolver. Todo o processo formular é realizado de forma oral, mas, diferentemente do período das ações da lei, as partes poderiam ser assistidas ou se fazer representadas por advogado ou procurador (ALVES, 2018).

Note-se que o processo formular também era submetido à *ordo judiciorum privatorum*, dividida nas instâncias *in jure* e *in judicio*. Na primeira fase, *in jure*, as partes comparecem à presença do magistrado – se acaso o réu nega o comparecimento poderia ser conduzido à força. Sem o formalismo do período da *leges actiones*, o pretor magistrado ouve as pretensões das partes, podendo, o réu, confessar (*confessio in jure*) ou negar

258 Alguns entendem que a *Lex Aebutia* somente aboliu a *actio per condicionem* e que foram as *Leges Juliae* – *les iudiciorum privatorum* e *lex iudiciorum publicorum* – que extinguíram a *leges actiones*, passando a vigorar somente o processo formular (BORGES, 1987, p. 12)

(*infitiatio*). A partir das informações colhidas nessa oitiva, o magistrado concedia a ação redigindo a fórmula que deveria ser aplicada pelo *iudex* (árbitro) escolhido pelas partes.

Em princípio, a fórmula devia compreender três partes (...): a nomeação do juiz, as pretensões do demandante – que se chamava *intentio* –, e a *condemnatio*, pela qual o juiz era convidado a condenar o réu, ou absolvê-lo, se lhe parecesse (...) que a pretensão do demandante não tivesse fundamento. A fórmula era, portanto, mais ou menos da seguinte maneira: “Que Lucius Titius seja o juiz. Se lhe parecer que Numerius Nigidius deva dar 10 mil sestércios a Aulus Agerius, julgue, condene Numerius Nigidius a dar 10 mil sestércios a Aulus Agerius; se não lhe parecer, absolva-o” (DUCOS, 2007, p. 119).

A fase *in judicio*, era o julgamento propriamente dito. Se dava na presença do *iudex*, onde as partes, ou seus representantes, debatiam entre si, expondo suas pretensões de forma livre e produzindo suas provas, admitindo-se a possibilidade de prova testemunhal, mas “contra a prova escrita não era procedente a não escrita” (SERRANO; CASEIRO NETO, 2002, p. 198). Após ouvir as partes e apreciar as provas, o *iudex* julgava, fixando, de forma oral, a sentença condenatória, que era sempre em dinheiro, independentemente da espécie da lide. Uma vez condenado, se o réu não efetuar o pagamento, poderia o credor obter do pretor um decreto que autoriza a tomada das posses dos bens do réu.

1.3 COGNITIO EXTRAORDINARIA (PROCESSO EXTRAORDINÁRIO)

O processo extraordinário desenvolveu-se durante o Principado – se prolongando até o final do reinado de Justiniano. Denominado de *cognitio extra ordinem* ou *cognitio extraordinária*, uma vez que o procedimento extraordinário se deu alheio ao procedimento habitual da *ordo iudiciorum privatorum*: agora o processo tinha apenas uma fase, desenvolvendo-se todo diante do magistrado que verificava as pretensões, analisava as provas e deliberava por sentença (CRETELLA JR., 2010, p. 307). Durante o período clássico do direito, a *extraordinaria cognitio* era tido como um processo especial, coexistindo com o processo formular (procedimento comum).

Em decorrência da ausência da bipartição do processo nas instâncias *in iure* e *in judicio*, e a estatização do processo, desaparece a fórmula como instituto jurídico de natureza processual. Passa a existir a possibilidade de recurso contra a sentença, uma vez que o magistrado que a profere é um funcionário do Estado hierarquicamente subordinado, cujo julgamento pode ser revisto por seus superiores. Além disso, sendo o juiz representante do Estado, a sentença proferida por ele pode ser executada com o emprego de força pública (*manu militari*). No entanto, com a extinção das fórmulas, os

magistrados não podem criar ações para tutelar situações ainda não protegidas pela lei: as questões passam a ser julgadas com base somente no direito objetivo (ALVES, 2018). Isso tudo tornava a *cognitio extraordinaria* um procedimento mais célere, razão desse sistema ter sido adotado pelos romanos.

Com a estatização do processo, tornando-se matéria de Direito Público, a citação passa ser realizada por um funcionário do Estado (DUCOS, 2007, p. 121). Se o réu fosse domiciliado na localidade de jurisdição do juiz, este mandaria um funcionário convidá-lo, oralmente, a comparecer a juízo para apresentar defesa. Mas, se o réu residisse em local de jurisdição de outro juiz, o magistrado que recebeu a ação entregaria ao autor uma carta que deveria ser entregue ao juiz da jurisdição do domicílio do réu para que a citação fosse efetuada. Ainda, se acaso o réu estivesse ausente, ou em local incerto ou se era desconhecida a sua residência, a citação era feita mediante editos dos magistrados, lidos pelo *praeco* (mensageiro), que depois, os fixava em local público – semelhante à nossa citação por edital (ALVES, 2018).

No início surgimento do processo extraordinário, ainda havia a possibilidade de a citação ser feita pela *denuntiatio ex auctoritate*: a citação do réu era realizada pelo próprio autor, mas somente após ter obtido a aquiescência do juiz. Mais adiante, tendo o processo extraordinário já substituído o processo formulário, criou-se a citação por meio da *litis denuntiatio*. Nesse sistema de citação, a *denuntiatio* era anotada nos registros de um funcionário judiciário ou simplesmente administrativo, o qual atribuiria fé pública à citação, com a finalidade de evitar eventual falsidade na citação privada (ALVES, 2018). O que se sabe dessa espécie de citação são mais conjecturas históricas e doutrinárias do que certezas.

Mais tarde, a *litis denuntiatio* foi substituída pela citação *ex officio*, já no processo *por libellus conventionis* (petição de citação), da época de Justiniano (SERRANO; CASEIRO NETO, 2002, p. 199).

O *libellus conventionis* era uma petição feita pelo autor – se acaso o autor não soubesse escrever, a petição poderia ser feita pelo *tabularius* –, dirigida ao juiz com suas pretensões: indicando os fatos em que ensejam a demanda e o pedido (objeto da demanda). O juiz recebia o *libellus*, examina seu conteúdo para verificar a legalidade e a não ofensa à princípios morais ou jurídicos e, estando dentro das especificações, ordenada que o *executor* (agente judiciário) efetuasse a citação do réu. Uma vez recebida o *libellus*, o réu teria o prazo de 10 dias (mais tarde aumentado para 20) para apresentar contestação às alegações do autor por meio do *libellus contradictionis*, que deveria ser entregue ao juiz (CRETELLA JR., 2010, p. 309).

Depois da apresentação da contestação ocorria o *iusiurandum calumniae*: os litigantes e seus advogados juravam perante as Sagradas Escrituras, que não estavam em

juízo por mero espírito de chicana, mas que estavam defendendo um direito. Em seguida, a questão era exposta ao juiz, inicia-se os debates com a apresentação das respectivas as provas, e, por fim, o juiz proferia a sentença, que era lida em audiência diante das partes (*recitare sententiam ex periculo*). Se, acaso, o juiz não soubesse como julgar, uma vez que estava vinculado à observância da lei, em vez de sentenciar poderia remeter os autos ao seu superior, magistrado ou ao próprio imperador: era a denominada *consultatio* (ALVES, 2018). Proferida a sentença, que deveria conter a condenação ou a absolvição do réu, o vencido podia apelar para magistrado superior ou simplesmente cumpri-la; tal apelação tinha efeitos devolutivo e suspensivo. Se a sentença fosse confirmada pela instância superior, produzia efeitos retroativo à data em que fora proferida, e não da data em que foi julgada a apelação (CRETELLA JR., 2010, p. 310-311).

Passado o prazo²⁵⁹ sem que a ordem judicial fosse espontaneamente cumprida, a depender da espécie de obrigação, o vencedor poderia promover a execução por meio da *actio iudicati*, que seguia o processo normal das ações, culminando com uma sentença, inapelável, julgando-a procedente, ou não. Se a ação de execução fosse julgada procedente e a obrigação fosse de restituição ou exibição de coisa certa, poder-se-ia utilizar a força (*manu militari*). Já se a condenação era para pagamento de quantia certa, procedia-se à penhora de bens do executado, que era realizada pelos funcionários do judiciário – *apparitores* ou *executores* –; a penhora seguia uma ordem, iniciando-se com bens móveis e semoventes, passando aos imóveis e, até mesmo, a penhora de direitos. Logo após a penhora, os bens eram vendidos em leilão, para pagamento ao exequente, sendo o excesso era restituído ao executado (ALVES, 2018).

2 FONTES DO DIREITO

Conforme nos ensina Cretella Jr. (2010, p. 27), “fonte do direito romano é todo órgão revelador do direito romanos”. Assim, indagar de que modo nasce ou se revela o direito romano em cada período é estudar o direito dentro de cada período da história política romana.

No período da realeza romana, duas eram as fontes do direito: o costume e a lei. O costume (*consuetudo*) é o uso repetitivo e prolongado de uma regra jurídica, sem que tivesse sido proclamada por um órgão Legislativo. Se identificava um costume pelo *usus*, que era a constância na obediência à norma, e pela *opinio necessitatis*, a convicção de que a norma eleita tem força de lei, em virtude da concordância tácita dos cidadãos. O desuso

²⁵⁹ Inicialmente o prazo para cumprimento da obrigação era de dois meses, mais tarde passou a ser de quatro meses (ALVES, 2018).

de uma lei resultava na revogação da regra. Já a lei resulta da declaração formal feita pela autoridade competente: o rei (CRETELLA Jr., 2010, p. 28).

Na República, às fontes do direito romano acrescia-se, além do costume e da lei, o plebiscito, a interpretação dos prudentes (jurisprudência) e os editos dos magistrados.

A mais importante lei desse período foi a Lei das XII Tábuas, surgida da tensão entre patrícios e plebeus, pois estes últimos buscavam o acesso aos magistrados e a segurança jurídica das decisões por meio da elaboração de um código. Em 462 a.C., por iniciativa do tribuno plebeu Terentílio Arsa, formou-se uma comissão cujo encargo era de elaborar um código para a plebe. Houve muita resistência por parte dos patrícios, o que fez com que somente em 450 a.C. é que o código de leis, constituído em doze tábuas (por isso o nome Lei das XII Tábuas), fosse aprovado. As XII Tábuas foram afixadas no fórum, mas um incêndio, em 390 a.C., as destrói por completo (CRETELLA Jr., 2010, p. 33).

Ainda no período republicano, havia duas modalidades de lei: *lex rogata* e *lex data*. A primeira era proposta por um magistrado e aprovada em assembleia comicial, ou, ainda, a lei proposta por um tribuno da plebe e votada, pelos *concilia plebis*. aqui temos os plebiscitos, que se equiparavam às leis²⁶⁰. Já a *lex data* era a lei emanada de um magistrado em decorrência de poderes que, para tanto, lhe concederam os comícios (ALVES, 2018). A *Lex Aebutia* (meado do século II a.C.) e a *Leges Juliae* (nos tempos de Augusto), foram espécies de *leges rogatae* de grande importância para o direito privado, pois introduziram o processo formulário através de regras de procedimento já não tão rígidas, em comparação com as *leges actione*, e mais adaptadas as realidades do povo romano.

A jurisprudência²⁶¹ era o trabalho realizado pelos chamados jurisprudentes ou prudentes, que eram os jurisconsultos que interpretavam o texto legal ou preenchiam as lacunas acomodando a lei ao caso concreto, fazendo com que o direito acompanhasse a evolução social. Essa atividade dos prudentes era chamada de *interpretatio prudentium* (ALVES, 2018). Também competia aos jurisconsultos emitir pareceres ou opiniões sobre uma questão de fato, fixando o direito, que eram chamados de *responsa prudentium* (prudente resposta). Após Augusto, os *princeps* passaram a conceder o *jus publice respondendi*, uma espécie de título ou autorização oficial dada a certos juristas, de maior renome, para emitir pareceres (respostas) em casos litigiosos (CRETELLA Jr., 2010, p. 35).

²⁶⁰ O plebiscito adquire caráter vinculante para todo o povo com a *Lex Hortensia*, de 287 a.C. (GUANDALINI JR., 2017, p. 12); a qualificação *Lex* vem do fato da equiparação dos plebiscitos às leis.

²⁶¹ À época da República romana, o termo jurisprudência tinha significado de interpretação ou parecer de um jurisconsulto, diferente do que entendemos na atualidade como decisões reiteradas dos tribunais.

Os editos eram declarações (*edicta*), regulamentos ou prescrições dos magistrados romanos no exercício de suas funções jurisdicionais, ou seja, os pretores (urbano e peregrino) e os *edīs curuīs* (GUANDALINI JR., 2017, p. 12). O magistrado enumerava diversos casos atribuindo uma determinada ação, que seguia segundo a fórmula descrita no edito. A validade de edito era o tempo em que o pretor permanecia no cargo; com isso os pretores poderiam adaptar, atualizar, modificar o direito, segundo a realidade da sociedade (DUCOS, 2007, p. 39-40). Havia o *edictum perpetuum*, que era divulgado no início de cada ano, e durava durante esse espaço de tempo, e o *edictum repentinum*, que era o que regulava situações não previstas no *edictum perpetuum*. Com o decorrer do tempo, em 67 a.C., a Lei Cornélia proibiu a emissão de *edictum repentinum*: os magistrados passaram a ter o poder de apenas copiar os editos de seus antecessores.

No Principado, além das fontes anteriormente citadas, existia o *senatusconsultos* e as constituições imperiais como principais fontes do direito romano.

Durante a República Romana, as deliberações do senado não possuíam valor normativo, situação que muda no período do Principado, onde o *senatusconsulto* passa a ter um lugar de destaque na criação do direito. Tratava-se de deliberações do Senado sobre questões contenciosas colocada sob sua *auctoritas*, que eram dirigidas aos magistrados de forma obrigatória (DUCOS, 2007, p. 37-38).

Formalmente, ao *princeps* nunca foi atribuído o poder de legislar, mas na prática, em virtude de ter absorvido os cargos de muitas magistraturas republicanas, acabou intervindo na criação do direito através das *constitutiones imperiais*, que eram de quatro tipos: *edicta*, *mandata*, *rescripta* e *decreta*. Sendo a *decreta* e a *rescripta* as mais importantes para o direito privado romano. *Edicta* eram normas gerais que, em virtude do direito do príncipe de emitir editos (*ius edicendi*), assemelhando aos editos dos magistrados republicanos. *Mandata* eram instruções do *princeps* para os funcionários do império – governadores e funcionários provincianos. *Rescripta* eram respostas dadas pelo imperador à consulta de particulares ou de magistrados, sobre uma questão jurídica: quando a resposta era dirigida a um particular dava-se o nome de *subscriptions*, pois eram escritas logo abaixo da pergunta, para que desta não se separasse; no segundo caso, a resposta era dirigida ao magistrado, chamava-se de *epistulae*, pois eram redigidas em carta. *Decreta* eram sentenças proferidas pelo *princeps* em determinados casos litigiosos submetidos a ele em primeira instância ou em grau de recurso.

No Dominato, caracterizado pelo absolutismo monárquico, permanecem apenas as *constitutiones imperiais* como fonte criadora do direito. Os costumes ainda existem como fonte subsidiária, limitado ao preenchimento de eventuais lacunas das constituições imperiais, e as normas jurídicas dos períodos anteriores só poderiam ser aplicadas se não

tivessem sido revogadas pelas constituições. A jurisprudência foi se extinguindo gradativamente, pois quase não existe jurisconsultos, mas sim práticos que confeccionavam as *iuras*, que eram compilações das obras dos jurisconsultos clássicos. Em decorrência da incerteza jurídica proveniente do uso das *iuras*, os imperadores restringiam sua invocação.

No ano de 426 d.C., a constituição de Teodósio II e Valentiniano III, regulamentou a forma de se invocar a jurisprudência, restringindo o número de jurisconsultos aos quais era possível recorrer: apenas poderiam ser citados Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino. Se esses jurisconsultos tratassem a questão de forma uníssona, seus escritos vinculariam o juiz, mas se houvesse divergência entre eles, deveria seguir a opinião da maioria. Havendo empate, deveria ser aplicada a jurisprudência em que estivesse Papiniano; se este não tivesse se manifestado, o juiz se encontrava livre para decidir (ALVES, 2018).

3 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ORIGEM DOS PRECEDENTES NO DIREITO ROMANO

Durante o processo formular, os precedentes romanos eram aplicados de jurisconsulto para jurisconsulto, e destes para o *iudex* (árbitro), que decidia segundo o seu entendimento. Na fase da *extraordinaria cognitio*, o juiz como autoridade estatal passa a ter que decidir com fundamento na lei.

Labeon, primeiro líder da escola proculiana – uma das duas escolas jurisprudenciais do período imperial inicial (Principado) – foi o criador do Método Labeoniano, onde as regras jurídicas passaram a ser construídas pelos juristas a partir da solução justa (equidade) de um caso concreto:

Frente a un caso concreto (que un cliente le expone, por ejemplo), el jurista debe por tanto reducir la situación a sus elementos jurídicos significativos. En ese punto, posee un tipo de situación (Tatbestand). Si su repertorio de reglas casuísticas conoce ya ese Tatbestand, la solución del caso es inmediatamente conocida. De lo contrario, el jurista debe resolver ese caso y añadir la solución (que ya es típica) a su repertorio. A veces aprecia que el caso-tipo nuevamente determinado puede asimilarse a otro caso-tipo ya adquirido en su repertorio (analogía); en efecto, ocurre que dos casos-tipo únicamente se distinguen por el hecho de que uno y otro sólo fueron sometidos de forma incompleta al proceso de abstracción. El jurista debe entonces formular la regla casuística de una forma más amplia, para que corresponda a un nivel más alto de abstracción (ATAÍDE JR. apud CANNATA, 1996. p. 64).

O *common law* e o direito romano clássico foram se desenvolvendo de forma lenta, gradual e casuística, através, respectivamente, dos precedentes judiciais e da *responsa prudentium*. O direito romano, em seu período clássico, se assemelha muito mais ao *common law* do que o próprio *civil law* (ATAÍDE JR., 2018, p. 179).

É possível identificar a existência de precedentes em uma fase mais avançada do direito romano clássico, quando “o *case law* romano passa a se dar também a partir dos *rescripta* e dos *decreta* (decretos) do imperador (sumo magistrado)” (ATAÍDE JR., 2018, p. 181).

As constituições imperiais eram formadas pela *decreta*, entendida como resultado de demandas decididas pelo imperador originariamente ou em grau recursal, e pela *rescripta*, que tinha relação ao caso concreto de que se originava a consulta ao imperador, ou seja, decidia-se uma questão de direito antes do julgamento da demanda. Embora exista certa controvérsia sobre a aplicabilidade das constituições imperiais aos casos futuros e semelhantes, uns defendendo a normatividade apenas no caso concreto decidido, dotada de eficácia meramente persuasiva, é possível defender a força vinculante da *decreta* e da *rescripta*, com efetiva força de norma geral, ditando a solução de casos futuros.

Para Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (2018, p. 184), “a melhor forma de explicar a natureza de precedente vinculante dos precedentes no direito romano consiste de uma comparação entre a *responsa prudentio* (ciência do direito), de um lado, e, de outro, os *decreta* e os *rescripta* (constituições imperiais) (...)”

Segundo o citado autor, a *responsa prudentio* é formada pelas opiniões dos juriconsultos. A constituição de Adriano (117-138 d.C.) estabeleceu que as opiniões dos juriconsultos munidos do *ius publice respondendi* deveriam ser obrigatoriamente seguidas, caso se constituíssem em *opinio communis* (opinião comum): “a *responsa prudentio* (...) passou a ter força de lei, vinculando os juizes não apenas dos casos concretos a que se referiam, mas também dos futuros casos semelhantes” (ATAÍDE JR., 2018, p. 184).

Outrossim, a *responsa prudentio* também passou a ser composta pelo conjunto da obra dos juriconsultos, inclusive, doutrinária, não se limitando aos pareceres elaborados em resposta às consultas realizadas em casos concretos (*responsum*) (ATAÍDE JR., 2018, p. 188).

Portanto, mesmo aqueles que negavam a força vinculante para os casos futuros da *decreta* e da *rescripta* admitiam que gozavam de respeitabilidade como precedente, que eram citados pelos juriconsultos e magistrados e, também, que somente não eram aplicados esses precedentes em virtude de alguma distinção.

Nessa linha, é possível defender, como faz Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, que havia caráter vinculante já na *decreta* e na *rescripta*, pois não há sentido lógico afirmar que as opiniões dos jurisconsultos teriam força de norma geral e aplicabilidade em casos futuros e semelhantes enquanto não teria a opinião do próprio imperador, que outorgava aos jurisconsultos a autoridade, exarada nas constituições imperiais.

Destarte, é plenamente possível identificar já no direito romano, a partir da *decrepta* e da *rescripta* a origem de um precedente, com força vinculante para os casos futuros e semelhantes.

4 PONTOS DE APROXIMAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS *COMMON LAW* E O ROMANO GERMÂNICO

Apesar de ser possível identificar a existência de precedentes vinculantes no sistema Romano, o método de precedentes é resultado de construção cultural na comunidade anglo-americana.

Apresenta-se como características do método de precedentes da *common law*: 1) Se baseia no sistema de equidade; 2) Prescinde de autorização Legislativa; 3) Fundamentos bases na igualdade e segurança jurídica.

A vinculação ou obrigatoriedade não se mostrou sempre presente, mesmo no sistema da *common law*, sendo mais correto identificar um compromisso moral fundado pela busca da certeza e segurança jurídica. Na cultura dos precedentes, o julgador somente não aplicaria um precedente em caso de distinção, mas não pelo fato de não concordar com ele ou por interpretar a norma geral de um modo diferente.

De acordo com a doutrinadora Andreia Costa Vieira (p. 33):

Apenas no século XIX, a monarquia e o Parlamento, com base na já consolidada prática do Judiciário, e após a costumeira organização dos *Law Reports*, declararam obrigatória a observância dos precedentes, que, a partir de então, se tornaram vinculantes por lei e ordem real, seguindo a hierarquia das Cortes judiciais da Inglaterra.

A cultura dos precedentes se mostra presente já na Universidade, uma vez que o estudo se direciona não para o aprendizado de Leis e Códigos, mas sim para “terem expertise em encontrar *the binding element*,” (VIEIRA, p. 34).

Merece destaque que no sistema de precedentes que vem sendo implementado no Brasil, a tese que se torna vinculante é composta de apenas uma súmula da decisão, em regra marcada pela interpretação jurídica de um determinado tema, na qual não se incluem as premissas fáticas que levaram à conclusão.

De outro lado, no sistema da *common law*, o precedente não se desvincula do conjunto fático que o formou. A solução jurídica não é “sumulada” em uma tese interpretativa para formar o precedente, sendo esse composto por todo o arrazoado de fato e de direito.

Conclui-se, com Sabrina Nasser de Carvalho (2015, p 446), que:

A integração dos precedentes judiciais nos países de cultura *civil law* deve ocorrer sem que os operadores do direito se descurem das diferenças que marcam a sua polarização com o *common law*. Por esta razão, a aproximação entre eles deve ocorrer de forma gradual, respeitando-se a tradição histórica e cultural do sistema jurídico de cada país. Isso, no entanto, não impede que eles se influenciem mutuamente, tornando-os permeáveis aos benefícios e às vantagens que cada um pode oferecer.

Nota-se, portanto, a existência de duas correntes dominantes no direito contemporâneo. Na primeira, defende-se que *common law* valoriza o direito construído (consuetudinário), formado a partir de decisões de casos concretos, atribuindo força normativa aos precedentes judiciais, e na segunda defende-se que no *civil law* se restringe a força normativa do precedente porque cabe apenas à lei o papel de criar o ordenamento jurídico.

Há, ainda, que se mencionar a resistência cultural do nosso sistema em dar à jurisprudência o reconhecimento científico de fonte de direito, já que apenas a Lei seria considerada a fonte primária, de modo que os precedentes não poderiam ter nada além do que eficácia persuasiva para os casos futuros.

Já Luiz Guilherme Marinoni indica maior aproximação entre os sistemas por entender pela caracterização de coisa julgada *erga omnes* na decisão de incidente de demandas repetitivas.

Segundo Marinoni (2015, p. 403), o que se chama de *collateral estoppel* no *common law* é, em substância, o que se denomina de coisa julgada sobre questões no *civil law*. Em outras situações, passa a ser designado *non-mutual collateral estoppel* exatamente para evidenciar a possibilidade de terceiro poder invocar a proibição de rediscussão contra aquele que participou

E continua:

Existem vários casos em que terceiro invoca a proibição de rediscussão para obter condenação daquele que, num primeiro processo, foi responsabilizado e condenado a pagar indenização em virtude do acidente que também o vitimou. Fala-se, nesse caso, de *offensive collateral estoppel* (MARINONI, 2015, p. 403),

Juntamente com Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior (2018, p. 191), podemos destacar que “afigura-se equivocado afirmar que aqueles que propõe em a construção de um sistema de precedentes, no Brasil, pretendem empreender a commonlização do direito brasileiro, até por que precedente vinculante, definitivamente, não é instituto exclusivo do *common law*.”

De todo modo, destaca-se que o fortalecimento dos precedentes vinculantes no Brasil tem como pano de fundo a famigerada duração excessiva dos processos aliada à imprevisibilidade do resultado da prestação jurisdicional o que leva à insegurança, para aqueles que defendem a previsibilidade como uma das faces da segurança jurídica.

Percebe-se, outrossim, que embora exista bastante divergência entre os sistemas, o *common law* não só influência de forma gradual na formação do sistema da *civil law*, mas dele também sofre importante influência. É possível se identificar constante crescimento do número de leis em países como Estados Unidos e Inglaterra.

CONCLUSÃO

Estudar a história do direito romano, suas fontes, influências e convergências, significa estudar a história política dessa grande civilização que, ao longo de seu desenvolvimento, vivenciou a monarquia, a república e o império, como formas de governo.

O Principado e Dominato foram duas fases do período Império Romano importantíssimas para o desenvolvimento do processo. No primeiro, ocorreu o desenvolvimento do processo formular, que tinha sido introduzido na República Romana, com a *Lex Aebutia*, mas ganhou força nesse período do Império, sob a liderança de Augusto. Na segunda fase do Império, do Dominato, foi o período em que o processo se dava por meio da *cognitio extraordinária* (processo extraordinário). Anteriormente a essas fases, existia a *leges actiones* do período pré-clássico da história do direito.

Na fase da *leges actiones* (ações da lei), os processos civis legais, eram utilizados para o reconhecimento de um direito de ação, ou execução, para que o cidadão possa perseguir em juízo a sua pretensão. Tratava-se de um processo rigoroso e formalista, realizado de forma oral, que exigia das partes a obediência a uma solenidade inafastável: qualquer desvio ou omissão de um gesto ou palavra poderia ensejar em anulação do

processo. Em seguida, a fase do processo *per formulas* consistia na aplicação de fórmulas jurídicas pré-definidas pelo pretor-magistrado que deveriam ser aplicadas pelo *iudex* (árbitro), ao caso concreto.

Tanto a *leges actiones* quanto o processo formular eram submetidos à *ordo iudiciorum privatorum*, que consistia na divisão do processo em duas instâncias: *in jure*, onde as partes comparecem à presença do pretor-magistrado, representante do governo, que não atribuía direitos, mas apenas concedia ou negava ações; e a instância *in iudicio*, que se dava perante o *iudex*, escolhido de comum acordo pelas partes ou pelo magistrado, se não houvesse acordo, cuja função precípua era analisar as provas, conduzir os debates e proferir a sentença.

Na fase da *cognitio extraordinária* (processo extraordinário), já no período pós-clássico – pois durante o final do período clássico do direito, a *extraordinaria cognitio* era considerado um processo especial, coexistindo com o processo formular (procedimento comum) – não havia mais o procedimento da *ordo iudiciorum privatorum*, o processo se desenvolvia inteiramente diante do magistrado, que verificava as pretensões, analisava as provas e determinava a sentença.

No decorrer da história jurídica e política de Roma, as fontes do direito foram surgindo gradativamente, conforme a fase desta civilização, a começar pelos costumes e as leis, que surgiram durante a monarquia antiga. Na República, além do costume e da lei – sendo as principais Leis das XII Tábuas, Lex Aebutia e Leges Juliae – foram acrescentadas como fonte do direito, o plebiscito, a interpretação dos prudentes (*interpretatio prudentio e responsa prudentio*) e os editos dos magistrados. No Império, vieram os *senatusconsultos* e as *constitutiones imperiais* (*edicta, mandata, rescripta e decreta*).

A partir da análise das fases do processo romano e de suas fontes, podemos verificar que nesta tradição jurídica, na fase do *ordo iudiciorum privatorum* os precedentes romanos eram aplicados através da *responsa prudentio*, de jurisconsulto para jurisconsulto, e, destes para o *iudex* (árbitro), mas ainda este decidia segundo o seu entendimento, sem obrigação de seguir a opinião do jurisconsulto. Adiante, no processo extraordinário, a constituição do imperador Adriano (117-138 d.C.) estabeleceu que as *responsa prudentium* deveriam ser obrigatoriamente seguidas.

Ainda na *extraordinaria cognitio*, é possível identificar a existência de precedentes através dos *rescripta* e dos *decreta* determinados pelo imperador, através de suas constituições. O *decreta* era normas gerais resultado de demandas decididas pelo imperador, originariamente ou em grau recursal, que existiam em virtude do direito do príncipe de emitir editos (*ius edicendi*). O *rescripta* era resposta do imperador dada à consulta de um particular ou magistrados sobre uma determinada questão jurídica. Apesar

da existência de grande controvérsia sobre a vinculação das constituições imperiais, é possível identificar na força vinculante da *decreta* e da *rescripta* a origem dos precedentes, com seu poder de norma geral, ditando a solução de casos futuros e semelhantes.

Mesmo sendo possível identificar essa característica vinculante no sistema jurídico romano, a metodologia dos precedentes é uma construção do direito anglo-americano.

Nessa aproximação do sistema *civil law* com o *common law*, paradoxalmente, se mantém um distanciamento em virtude da aplicação prática dos precedentes, pois, por exemplo, no sistema *civil law* brasileiro, a tese vinculante é formada apenas de uma súmula da decisão: enunciado geral e objetivo que resume a jurisprudência, onde são excluídas as premissas fáticas e jurídicas que levaram à conclusão do julgado.

Ainda não se tem os efetivos contornos do uso de precedentes no Brasil, de forma que não se pode deixar que a subsunção do fato à norma seja transformada na subsunção do fato ao precedente. O conjunto fático probatório não pode ser ignorado como vêm ocorrendo em grande parte das decisões judiciais, a despeito do esforço do Novo Código de Processo Civil em detalhar o conceito de sentença efetivamente fundamentada.

Isso não acontece no sistema da *common law*, onde necessariamente o precedente não se desvincula do conjunto fático e jurídico que o formou. Embora exista divergências entre estes sistemas, cada vez mais o *common law*, não só influencia o sistema da *civil law*, como também por ele é influenciado, como se observa com o crescimento constante do número de leis em países como a Inglaterra e Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 8ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Do *case law* romano ao *common law*: a origem obscurecida dos precedentes vinculantes. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 26, n. 104, p. 171-193, out./dez. 2018. *E-book*.

BOAMORTE, Lucas Otávio. O direito romano tardo-antigo: rupturas e permanências de um elemento constitutivo da antiguidade tardia. **Nearco - Revista Eletrônica de Antiguidade e Medieval**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 228-247, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/nearco/article/view/56962>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BORGES, Marcos Afonso. Breve notícia sobre a evolução histórica do Direito Processual Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, UFG, p. 37-68, jan./dez. 1987. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/14063/5/Artigo%20-%20Marcos%20Afonso%20Borges%20-%201987.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRANDÃO, José Luís; LEÃO, Delfim F. O Principado de Augusto. In BRANDÃO, José Luís (coord.); OLIVEIRA, Francisco de (coord.). **História de Roma antiga - Império romano do ocidente e romanidade hispânica**. Vol. 2. ISBN 978-989-26-1782-4 (digital). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 13-46. Disponível em: <https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/67639>. Acesso em: 23 jul. 2022. DOI <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1782-4>.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 445, nov./ 2015.

COLLARES, Marco Antonio. **Representações do senado romano na *Ab Urbe Condita Libri* de Tito Lívio: livros 21-30** [online]. ISBN 978-85-7983-096-9. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/vvx3m/pdf/collares-9788579830969-02.pdf>.

CRETELLA JR., José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DUCOS, Michèle. **Roma e o Direito**. Tradução de Silvia Sarzana e Mário Pugliese Netto. São Paulo: Madras, 2007.

GUANDALINI JR., Walter. Uma teoria das fontes do direito romano: genealogia histórica da metáfora. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 9 – 31. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47101>>. Acesso em: 30 jul. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47101>.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, nº 249, p. 403, nov./2015.

MEIRA, Silvio. Delineamentos históricos do processo civil romano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, nº 98, p. 257-286, abr./jun. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181839/000437681.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 jul. 2022.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e casuísmo: o problema da irracionalidade nas decisões judiciais. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 24 - n. 1 - jan-abr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v24n2.p643-657>. Acesso em: 15 jul. 2022.

RODRIGUES, D. R. M. (2002). Abstração e sistematização na Jurisprudência Romana. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 97, 23-33. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67532>. Acesso em: 8 jul. 2022.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **História e teoria das fontes do direito romano**. Dissertação (mestrado), 171f. Orientador: Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2011.

SERRANO, Pablo Jiménez; CASEIRO NETO, Franciso. **Direito Romano: fundamentos, teoria e avaliação dos conceitos do Direito Romano aplicados ao Direito contemporâneo**. São Paulo: Desafio Cultura, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Common Law e Civil Law. Aproximação. Papel da Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas**, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/02/06/common-law-e-civil-law-aproximacao-papel-da-jurisprudencia-e-precedentes-vinculantes-no-novo-codigo-de-processo-civil-demandas-repetitivas/>. Acesso em 05 jul. 2022.

VIEIRA, Andreia Costa. **O precedente vinculante e a ratio decidendi da Common Law: exemplos a seguir?** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/i%202.pdf?d=636680440128651243>. Acesso em: 10 jul. 2022.

A ARBITRABILIDADE NO PROCESSO COLETIVO

EDSON FRANCISCO ROCHA NETO:

Advogado formado pela UFPR. Mestrando em Direito Processual Civil na UERJ. ACI Arb. Membro da DRBF.

CARLO MARINONI ABDO²⁶²

(coautor)

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

1.1 Apresentação

O Professor Sérgio Cruz Arenhart tem cumprido papel fundamental no cenário acadêmico brasileiro e internacional. Tanto é assim que o III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito foi realizado em sua justa homenagem. Além da seriedade científica, o homenageado é marcante por sua gentileza, incentivo e abertura de diálogo com os alunos.

O tema objeto do presente artigo, apesar de não possuir a concordância do homenageado ao que se tem notícia, foi apresentado no Congresso em sua homenagem. É a prova dos atributos mencionados acima.

Busca-se contribuir para a tutela adequada dos direitos – em especial aos coletivos, área de concentração de parcela relevante da produção de Sérgio Cruz Arenhart – ainda que com algumas premissas e conclusões diferentes.

O ensaio é fruto de um estudo em andamento. Críticas e sugestões serão sempre bem-vindas.

1.2 Contextualização

Os meios adequados de resolução de controvérsias estão cada vez mais difundidos. Dentre eles, a arbitragem tem se mostrado quase que a primeira opção como método heterocompositivo de resolução de conflitos face ao Judiciário. A arbitragem proporciona

²⁶² Advogado formado pela PUC-PR.

diversas vantagens em comparação à relação à justiça estatal – em que se destacam o alto grau de especialização do julgador e a celeridade do procedimento.

Litígios sensíveis, envolvendo matérias complexas e de alta especificidade, costumeiramente, são resolvidos por arbitragem. Afinal, o fato de se escolher um julgador altamente especializado na matéria agrega positivamente para a tutela adequada do direito para os litigantes. Não à toa, as empresas de capital aberto e preocupadas com sua governança corporativa são obrigadas a adotarem a cláusula compromissória em seus estatutos sociais para aderirem ao Novo Mercado.²⁶³ Ou seja, há tempos que o mercado percebeu a necessidade de maior especialização do julgador para litígios societários complexos, justificando a adoção da arbitragem – sem, é claro, desconsiderar as demais vantagens proporcionadas.

É a especialidade do julgador, dentre tantos os benefícios, que se destaca para fins do presente artigo. A evolução da sociedade e consequente evolução das relações sociais certamente impacta no aumento da complexidade dos litígios. Tem-se visto que muitas vezes é preferível a opção do julgador especialista na matéria em discussão, mesmo que mediante o pagamento de custas mais elevadas e mediante a renúncia à jurisdição estatal.

Mauro Cappelletti destacou a responsabilidade que se deve ter para contribuir que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades atuais – defendendo que uma dessas necessidades é o desenvolvimento de alternativas aos métodos tradicionais quando eles se demonstram lentos, por exemplo –, “daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais”.²⁶⁴

Ora, se é verdade que a arbitragem é capaz de proporcionar uma tutela jurisdicional mais adequada para o litigante no mercado corporativo, também o deve ser para o caso do processo coletivo. A coletividade titular de um direito exige cuidado especial, dada a sensibilidade e a abrangência das questões tratadas no processo coletivo. Com isso em mente, é natural se pensar na possibilidade – ou porventura necessidade – da viabilização da arbitragem ao processo coletivo. Questões de larga escala envolvendo direito ambiental, por exemplo, exigem especialização de tão alto nível quanto aquelas de direito societário.

²⁶³ Vide art. 39 do Regulamento do Novo Mercado. Disponível em <<https://www.b3.com.br/pt-br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/>>. Acesso em 18.08.2022

²⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, 1994, p. 97.

É a isso que se dedica o presente trabalho: ao estudo da viabilidade das arbitragens coletivas no Brasil, dado o potencial impacto positivo que poderá se observar com a adoção da arbitragem nessa área – explicitado, principalmente, pelo fato de se poder escolher o julgador especializado, mas também pelos outros atributos positivos inerentes ao processo arbitral.

Nota-se que a possibilidade de estabelecimento de uma arbitragem coletiva já se mostrou concreta no direito brasileiro. A Câmara de Arbitragem do Mercado registrou três arbitragens coletivas em atividade até o fim de 2021²⁶⁵, o que já indica certa abertura dos litigantes para esse modelo e a necessidade de urgência no seu desenvolvimento.

É, evidentemente, nos litígios de direito societário que se tem maior atividade de arbitragens coletivas até o momento – o que se comprova pelo crescente material doutrinário sobre essa matéria em específico. É, também, no direito societário que se pode imaginar a origem de procedimentos arbitrais coletivos com maior facilidade: há sempre uma coletividade definida, isto é, os acionistas de uma empresa de capital aberto (que são milhares) e, em regra, há cláusula compromissória no estatuto social dessas empresas.

Porém, como dito, não é apenas com as causas de direito societário com que devemos nos preocupar. São os litígios em outras matérias, cuja viabilidade perante a arbitragem não seja tão facilmente identificável, que merecem mais atenção. Fala-se da possibilidade da arbitragem não apenas com direitos individuais homogêneos, como ocorre nas arbitragens societárias.

Essa possibilidade já recebeu atenção. No anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, elaborado pelo IBDP²⁶⁶, sugere-se a possibilidade de estabelecimento de convenção de arbitragem sobre matérias que envolvam direitos individuais homogêneos e direitos coletivos em sentido estrito, desde que observada a disponibilidade do bem jurídico protegido.

É importante notar que a sugestão do anteprojeto não deixa de considerar o critério da disponibilidade do bem jurídico protegido, que hoje em dia compõe o critério objetivo

²⁶⁵ Segundo relatório elaborado pela Câmara de Arbitragem do Mercado. Disponível em <<https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/2021-estatisticas-camara-do-mercado-versao-final.pdf>>. Acesso em 15.08.2022.

²⁶⁶ IBDP. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. 2005. Disponível em <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf> Acesso em 18.08.2022.

da arbitrabilidade. Nos parece lógico que, para uma análise adequada da viabilidade da arbitragem coletiva, deve-se primeiro entender se um dos pressupostos da arbitragem, isto é, a arbitrabilidade, está corretamente preenchido.

De nada adiantaria adentrar nos aspectos mais práticos da arbitragem coletiva caso não houvesse arbitrabilidade. É a arbitrabilidade, como se verá adiante, que garante a validade da convenção de arbitragem. Sua análise e verificação antecede a instauração da arbitragem em qualquer contexto.

No processo coletivo, especificamente, a arbitrabilidade se mostra como questão controversa tanto em seu aspecto subjetivo como no objetivo. No subjetivo, pois se questiona a possibilidade de os titulares de direitos coletivos serem partes do procedimento arbitral – ou, então, se basta a verificação do critério de arbitrabilidade subjetiva nos legitimados extraordinários. No objetivo, pois o processo coletivo envolve categorias de direitos – individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos – com peculiaridades próprias, que obstariam a arbitragem coletiva em olhares mais conservadores.

1.3 Objeto do ensaio

Por isso, o presente artigo se dedica a estudar a noção de arbitrabilidade. Primeiro, para entender o que representa e como tem sido utilizada mundo afora. Segundo, para entender como a arbitrabilidade tem sido utilizada no Brasil, quais os seus aspectos e qual o entendimento que se tem dado ao assunto. Por fim, com a noção de arbitrabilidade bem estabelecida, será possível analisar se há viabilidade da utilização da arbitragem (arbitrabilidade) nas demandas coletivas, considerando as suas peculiaridades quanto ao sujeito e quanto ao objeto.

2. A ARBITRABILIDADE NO MUNDO

A ideia de arbitrabilidade é inerente à arbitragem e diz respeito à possibilidade de determinado litígio ser resolvido pela via da arbitragem. É uma condição de validade da convenção de arbitragem²⁶⁷. Sem a arbitrabilidade, não há arbitragem.

A arbitrabilidade comporta duas acepções: em sentido estrito e amplo. Em sentido estrito, a arbitrabilidade diz respeito apenas às matérias que o legislador optou por

²⁶⁷ FOUCHARD, F.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Editado por Emmanuel Gaillard e John Savage. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 312

autorizar a decisão pelo árbitro. Quer dizer, na arbitrabilidade em sentido estrito, a lei deve permitir a resolução de determinada matéria pelo árbitro. No sentido amplo, por sua vez, a arbitrabilidade também envolve a exigência de consentimento pelas partes. Ou seja, não apenas a lei deverá permitir a resolução por arbitragem, como as partes devem ter consentido expressamente com o juízo arbitral²⁶⁸.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o conceito de *arbitrability* recebe o sentido amplo, que abarca tanto a permissão estatal para a resolução do litígio na via arbitral como o consentimento das partes. Entende-se, entretanto, que o conceito norte-americano de arbitrabilidade – ou seja, arbitrabilidade em sentido amplo – pode gerar confusões e não é comumente utilizado na prática da arbitragem.

Para os efeitos desse artigo, referir-nos-emos à arbitrabilidade como em sentido estrito. Afinal, para nós, importa analisar a viabilidade da arbitragem coletiva perante a lei atual. Ainda, a aferição do consentimento das partes litigantes com a arbitragem exige uma análise concreta, caso a caso, o que não se enquadra no escopo deste estudo. Portanto, discutiremos apenas a existência ou não de autorização estatal para a resolução de litígios coletivos pela via arbitral.

Também é de se notar que a ideia de arbitrabilidade possui um forte elemento político. Quer dizer, uma vez que a arbitrabilidade diz respeito exatamente a o que o Estado pretende permitir ou proibir de ser resolvido por arbitragem, é natural se perceber a influência de aspectos ideológicos e políticos na noção de arbitrabilidade definida por cada país²⁶⁹. A arbitrabilidade é, de certa forma, uma maneira de o Estado proteger a ordem pública, ao definir quem pode ou não participar da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva) e ao definir o que pode ou não ser resolvido pela arbitragem (arbitrabilidade objetiva)²⁷⁰.

²⁶⁸ GUANDALINI, Bruno. A noção de arbitrabilidade: a posição do STJ e a inconveniência da sua adoção no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 71

²⁶⁹ STREINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 41.

²⁷⁰ "Subject matters involve so much of a public interest (objective arbitrability) or certain groups of parties in a dispute require so much protection (subjective arbitrability, capacity) that only the courts—sometimes special courts for that area—should have jurisdiction." BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Public Policy and Arbitrability. In: SANDERS, Pieter. *Comparative Arbitration practice and Public Policy in arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1987, p. 183.

Nesse aspecto, é possível perceber que as leis internas de cada país variam tanto para regular a arbitrabilidade subjetiva como a objetiva. No caso da arbitrabilidade subjetiva, pode-se ter como exemplo as arbitragens envolvendo pessoas jurídicas de direito público. No Brasil, a lei de arbitragem faz expressa autorização ao recurso à arbitragem pela Administração Pública e o critério brasileiro da arbitrabilidade subjetiva é a capacidade de celebração de contratos pelo litigante. Há países, por outro lado, que vedam expressamente a participação de pessoas jurídicas de direito público na arbitragem. Veja-se que não se trata de aferição do consentimento do ente público com a convenção de arbitragem, mas a impossibilidade de sua participação imposta por lei²⁷¹.

Por sua vez, os critérios de arbitrabilidade objetiva passam por maiores variações no contexto internacional, de forma que Bernard Hanotiau, ao analisar a questão, agrupou as leis nacionais em três grandes grupos: i) o de países mais liberais e favoráveis à arbitragem, que atrelam a arbitrabilidade a um critério bastante amplo, comportando poucas exceções; ii) o de países em que o legislador indica expressamente quais são as matérias que não podem ser discutidas em arbitragem (inarbitrabilidade *ex lege*); e iii) o de países com formulações mais antiquadas sobre a arbitragem, que atribuem a arbitrabilidade a critérios vagos, como a disponibilidade do direito ou a relação da discussão com a ordem pública.²⁷²

O primeiro grupo enquadra a legislação da Suíça e da Alemanha. Apesar de os critérios de arbitrabilidade objetiva desses países não serem idênticos, percebe-se que nos dois casos há um viés político mais liberal e pró-arbitragem. Quer dizer, a intenção é justamente diminuir as hipóteses de inarbitrabilidade e garantir mais efetividade à própria

²⁷¹ LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, pp. 187-188.

²⁷² HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, In: *Recueil des cours - Académie de droit international*, vol. 296, Haia, 2002, p. 95 "Les formulations des droits nationaux quant à la faculté de compromettre sont variées mais peuvent être regroupées en quelques grandes catégories: — les législations les plus libérales où l'arbitrabilité est énoncée comme un principe, le cas échéant par rapport à un critère très large — tel le caractère patrimonial du litige — et ne connaît que de rares exceptions (première catégorie);

— les systèmes juridiques dans lesquels le législateur a précisé dans une disposition législative quelles sont les matières non arbitrables (deuxième catégorie);

— les systèmes juridiques — il s'agit généralement de formulations plus anciennes — qui ont défini l'arbitrabilité par rapport à des critères flous tels que la possibilité de transiger sur un droit ou le fait que la matière considérée touche à l'ordre public ou lui est étrangère (troisième catégorie). Ces systèmes sont les plus nombreux. A côté de la formulation générale, certaines matières sont aussi parfois déclarées inarbitrables. S'y ajoutent généralement des dispositions particulières en matière d'arbitrabilité édictées dans le cadre de lois spécifiques."

arbitragem. Também é possível perceber que nesses dois países com o viés mais favorável à arbitragem a tendência evidente é flexibilizar ainda mais a arbitrabilidade objetiva em arbitragens internacionais.²⁷³

No caso da Suíça, vê-se que o critério diz respeito exclusivamente à patrimonialidade do direito sendo discutido para as arbitragens internacionais, como previsto no artigo 177 da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça:

(1) Any claim involving a financial interest may be the subject-matter of an arbitration. (2) Where a party to the arbitration agreement is a State, or an enterprise held by, or an organisation controlled by, a State, it may not invoke its own law in order to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be a party to an arbitration.²⁷⁴

O viés mais liberal em face das arbitragens internacionais é percebido quando se observa o tratamento dado às arbitragens domésticas na Suíça, como se extrai do artigo 354 do Código de Processo Civil Suíço:

Art. 354 Arbitrability Any claim of which the parties can freely dispose may be the subject-matter of an arbitration.²⁷⁵

Evidentemente, o critério da patrimonialidade é muito mais simples do que a livre disponibilidade de direitos, como se verá adiante. O próprio Bernard Hanotiau é crítico do critério da disponibilidade, dada a sua vagueza e dificuldade de aplicação.²⁷⁶

Da mesma forma, o Código de Processo Civil Alemão prevê, no seu artigo 1.030:

²⁷³ Conforme a observação de BARON. P. M.; LINIGER, S. *A second look at arbitrability: approaches to arbitration in the United States, Switzerland and Germany*. Arbitration International, volume 19, n. 1, março de 2003, p. 54.

²⁷⁴ SUÍÇA. Lei de Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987. Disponível em <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf>. Acesso em 18.08.2022.

²⁷⁵ SUÍÇA. Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/CCP_Translation.pdf>. Acesso em 18.08.2022.

²⁷⁶ HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, In: *Recueil des cours - Académie de droit international*, vol. 296, Haia, 2002, p. 109.

(1) Any claim under property law may become the subject matter of an arbitration agreement. An arbitration agreement regarding non-pecuniary claims has legal effect insofar as the parties to the dispute are entitled to conclude a settlement regarding the subject matter of the dispute.²⁷⁷

A lei alemã permite a arbitragem de direitos que envolvam "*vermögensrechtlicher Anspruch*", traduzidos oficialmente como "*property law*". Em tradução para o português, no entanto, está se falando de demandas com valor pecuniário, não em matéria de direito de propriedade, como a redação em inglês pode levar a crer. Isso também se percebe pela continuação do artigo, que dispõe sobre a arbitrabilidade de questões não pecuniárias – o que leva à conclusão de que a primeira frase, de fato, trata de demandas com valor patrimonial.

A lei alemã, portanto, adota de início o critério da patrimonialidade, para então criar outro critério – o da disponibilidade do direito – apenas para matérias que não forem patrimoniais. Ou seja, tratando-se a arbitragem de matéria extrapatrimonial, mas indisponível, a sua resolução por arbitragem na Alemanha é plenamente possível.

Hanotiau também enquadra a legislação americana na primeira categoria, em razão de seu viés mais liberal e pró-arbitragem²⁷⁸. Afinal, a lei de arbitragem americana nada prevê sobre arbitrabilidade – apenas exclui expressamente a aplicação de suas disposições a contratos de trabalho de marinheiros, funcionários ferroviários e outras classes de trabalhadores envolvidos em comércio exterior ou interestadual.²⁷⁹ No caso dos Estados Unidos, os precedentes da Suprema Corte Americana vêm definindo as matérias que devem ficar excluídas da arbitragem.²⁸⁰

No segundo grupo, estão países que preveem expressamente as matérias que devem ser excluídas da arbitragem. Mesmo que não se fale em um viés necessariamente pró-arbitragem, há, ao menos, segurança quanto às matérias que não serão passíveis de

²⁷⁷ ALEMANHA. Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em 18.08.2022.

²⁷⁸ HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, In: *Recueil des cours - Académie de droit international*, vol. 296, Haia, 2002, p. 95.

²⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. Lei Federal de Arbitragem. Disponível em <<https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

²⁸⁰ Conforme relatado em BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Volume 1. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, pp. 964-969.

resolução pela via arbitral. Da mesma forma, pela lógica, é natural de se interpretar que, via de regra, essas previsões serão taxativas. Ou seja, todas as matérias que não possuírem determinada previsão legal seriam plenamente passíveis de resolução pelo árbitro.

O artigo 19 do Código de Processo Civil da Bulgária, por exemplo, prevê a exclusão da possibilidade de submissão à arbitragem os litígios envolvendo direito imobiliário, direitos reais imobiliários e aqueles envolvendo relações de trabalho:

Art. 19. (1) The parties to a property dispute may consent to settle it by an arbitration court, except the subject-matter of the dispute is real-estate rights or possession of a real-estate, maintenance or labour legal relationship rights.²⁸¹

Da mesma forma, a lei de arbitragem da China exclui expressamente a possibilidade de resolução na via arbitral as questões de direito de família, sucessões e de direito administrativo:

Article 3 The following disputes may not be arbitrated:
(1) marital, adoption, guardianship, support and succession disputes;
(2) administrative disputes that shall be handled by administrative organs as prescribed by law.²⁸²

Conclui-se, pela redação dos artigos mencionados, que se tratam de exclusões taxativas. A definição da arbitrabilidade pela exclusão de matérias específicas não dá qualquer abertura para interpretações pró-arbitragem, mas, ao menos, restringe-se às matérias definidas, facilitando a aplicação da lei e o desenvolvimento da arbitragem nas demais áreas.

O último grupo elencado por Hanotiau é aquele que atrela a arbitrabilidade a critérios vagos, com controvérsias acerca de sua definição. O autor indica que, apesar de serem numerosos os países que adotam esse critério, essa é a forma mais inadequada de

²⁸¹ BULGÁRIA. Código de Processo Civil. Disponível em <<https://kenarova.com/law/Code%20of%20Civil%20Procedure.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

²⁸² CHINA. Lei de Arbitragem. Disponível em <[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1114 de 24/09/2022 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383756.htm#:~:text=laws&text=Article%201%20This%20Law%20is,of%20the%20socialist%20market%20economy.> . Acesso em 18.08.2022.</p></div><div data-bbox=)

se definir a arbitrabilidade, posto que não está em linha com o desenvolvimento da arbitragem e gera muitas discussões doutrinárias.²⁸³

O artigo 10 da Lei de Arbitragem da Nova Zelândia, por exemplo, adota o critério da ordem pública para definir a arbitrabilidade. Quer dizer, não se pode submeter a arbitragem matérias que envolvam ordem pública:

*Any dispute which the parties have agreed to submit to arbitration under an arbitration agreement may be determined by arbitration unless the arbitration agreement is contrary to public policy or, under any other law, such a dispute is not capable of determination by arbitration.*²⁸⁴

Veja-se que a aferição da arbitrabilidade na Nova Zelândia implicará, necessariamente, a conceituação da ordem pública, o que por si gera grande volume de discussões. O mesmo acontece para os países que atrelam a arbitrabilidade à noção de disponibilidade do direito, como no caso da Dinamarca, que prevê em seu artigo 6 de sua Lei de Arbitragem:

Disputes concerning legal relationships in respect of which the parties have an unrestricted right of disposition may be submitted to arbitration unless otherwise provided.²⁸⁵

A definição de um direito disponível também apresenta controvérsias, impondo óbices ao desenvolvimento da arbitragem. É justamente o que ocorre no direito brasileiro, o que passaremos a abordar no próximo item.

3. A ARBITRABILIDADE NO BRASIL

A controvérsia quanto à arbitrabilidade no Brasil já se inicia com a definição de seus critérios, uma vez que poderiam ser definidos tanto pelo Código Civil como pela Lei de Arbitragem. Explica-se: a Lei de Arbitragem definiu a arbitrabilidade em 1996, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, lei de mesma posição hierárquica. Em 2002, o

²⁸³ HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, In: *Recueil des cours - Académie de droit international*, vol. 296, Haia, 2002, p. 97.

²⁸⁴ NOVA ZELÂNDIA. Lei de Arbitragem. Disponível em <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>>. Acesso em 18.08.2022.

²⁸⁵ DINAMARCA. Lei de Arbitragem. Disponível em <<https://voldgiftsinstitutet.dk/wp-content/uploads/2015/01/danish-arbitration-act-2005.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

Código Civil passou a dispor sobre o compromisso judicial ou extrajudicial para a resolução de litígios.

O art. 1º, da Lei de Arbitragem,²⁸⁶ prevê os critérios de arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Aquela diz respeito à capacidade para contratar do sujeito e essa ao objeto do conflito, que deve envolver direitos patrimoniais e disponíveis, respectivamente.

Por sua vez, os arts. 851 e 852, do Código Civil, possuem previsão acerca da celebração de compromissos para a resolução de litígios, o que pode ser interpretado como o compromisso arbitral:

Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Adotando-se o critério da temporalidade, poder-se-ia argumentar a prevalência da disposição do Código Civil sobre a Lei de Arbitragem. Nesse caso, o requisito da arbitrabilidade subjetiva persistiria sendo a capacidade para contratar, mas a arbitrabilidade objetiva sofreria alterações: para a resolução pela via arbitral, seria necessário apenas a patrimonialidade do direito e que o litígio não trate de questões de estado (da pessoa) e de direito pessoal de família, dispensada a disponibilidade.²⁸⁷

Diante dessa antinomia, é plenamente possível se imaginar a prevalência da disposição do Código Civil. Por outro lado, essa visão desconsidera o critério da especialidade da Lei de Arbitragem. Por tratar especificamente da resolução pela via arbitral, a Lei de Arbitragem prevaleceria para tratar da arbitrabilidade, deixando a previsão dos artigos 851 e 852 do Código Civil para aplicação em outras modalidades de compromissos de resolução de litígios. Da mesma forma, pode-se argumentar, nesse mesmo sentido, ao se considerar que o legislador manteve a integralidade do artigo 1º da

²⁸⁶ BRASIL. Lei 9.307 de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 18.08.2022.

²⁸⁷ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitrabilidade. In: MOTTA JR, Aldemar *et. al.* *Manual de Arbitragem para Advogados*, 2015, p. 52. Disponível em: <http://oabam.org.br/downloads/manual-arbitragem.pdf>. Acesso em 18.08.2022.

Lei de Arbitragem na alteração que fez em 2015, com a Lei nº 13.129. Ora, se a intenção do legislador fosse excluir o critério da disponibilidade, teria o feito ao menos na reforma da Lei de Arbitragem, em atenção ao disposto no Código Civil.

Em qualquer dos casos, há dois requisitos que são comuns: a capacidade para contratar e a patrimonialidade. A depender da aplicação da lei, é a disponibilidade do direito que poderia ou não ser desconsiderada.

A capacidade para contratar é o requisito que compõe a arbitrabilidade subjetiva. Fala-se justamente em capacidade para contratar pois a titularidade do direito não se confunde com a possibilidade de seu exercício. A lei impõe restrições de exercício de direitos em razão da idade ou da inaptidão para exprimir a vontade. Esses grupos que não podem exercer seus direitos sem representação não podem submeter seus litígios à arbitragem. Por outro lado, entes despersonalizados, por terem capacidade para contratar, poderiam integrar procedimento arbitral sem problemas.

Nesse aspecto, Francisco Cahali ressalta:

Em qualquer das situações acima (limitação de exercício ou entes despersonalizados), a ressalva à utilização da arbitragem não se encontra na capacidade de firmar a convenção, pois podem contratar se assistidos ou representados (e conforme o caso com autorização judicial). A restrição à instituição do juízo arbitral decorre da indisponibilidade do direito que se vê nestas situações.²⁸⁸

A exigência da capacidade de contratar, na sua visão, relaciona-se diretamente à impossibilidade de se dispor livremente dos direitos daqueles que não possuem capacidade de exercício. Ou seja, sob esse argumento, a exigência da arbitrabilidade subjetiva estaria intrinsecamente ligada ao objeto da arbitragem, que não poderia ser indisponível.

O critério da patrimonialidade do direito diz respeito essencialmente à sua capacidade de ser avaliado em pecúnia. Direitos extrapatrimoniais são os ditos personalíssimos, que dizem respeito à vida, à liberdade, à honra, à integridade física, etc. Evidentemente, é possível que desses direitos possam surgir consequências econômicas,

²⁸⁸ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6. ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 117.

sem que percam a sua natureza extrapatrimonial. Direitos patrimoniais compreendem direitos reais, autorais e pessoais.

Admite-se certa sobreposição entre o parâmetro da patrimonialidade e o da disponibilidade. Alguns interesses jurídicos que exigem necessariamente a intervenção do juiz podem revestir-se de caráter não-patrimonial. Outros, mesmo que disponíveis, não se revestem de patrimonialidade. Na arbitragem, a patrimonialidade apresenta duas dimensões, com a possibilidade de arbitrabilidade, ou não, dos aspectos patrimoniais dos direitos extrapatrimoniais.²⁸⁹

Enfim, o terceiro critério da arbitrabilidade – que pode ou não ser dispensado, a depender do intérprete – é o da disponibilidade do direito. Sobre a própria definição de disponibilidade do direito, há controvérsia na doutrina. Na visão de Carmona:

[...] são disponíveis (do latim *disponere*, *dispor*, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.²⁹⁰

Por outro lado, “o termo ‘indisponibilidade’ pode ser compreendido como impossibilidade de renúncia, abdicação a uma posição jurídica”.²⁹¹

Entretanto, não nos parece adequado atrelar a ideia de renúncia à indisponibilidade. Como bem pontua João Bosco Lee, seria:

[...] inapta a referência ao instituto da renúncia para definir a livre disponibilidade de direitos, em relação aos litígios arbitráveis.

²⁸⁹ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Class Arbitration: Instauração de Processo Arbitral para a Resolução de Conflitos Envolvendo Direitos de Natureza Transindividual*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 101.

²⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

²⁹¹ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. *Coleção Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, vol. 6, 2018.

Existem matérias que são insuscetíveis de renúncia mas que são arbitráveis.²⁹²

De fato, nos parece razoável desvincular a ideia de arbitrabilidade à possibilidade de renúncia. Afinal, a arbitragem em nada se relaciona com a renúncia de direito. Trata-se de método heterocompositivo de solução de conflitos, que opera seguindo os regramentos do devido processo legal e que poderá, inclusive, ter eventuais nulidades questionadas no Judiciário. O litigante não renuncia ao direito quando opta pela arbitragem, mas, para todos os efeitos, o submete a um juiz de fato e de direito. Quando se postula um direito no Judiciário, a possibilidade de sucumbência não implica a sua renúncia.

Eduardo Talamini traz outra acepção para o significado de indisponibilidade, o que afeta significativamente o requisito de arbitrabilidade objetiva presente na lei. Na sua visão, a indisponibilidade pode dizer respeito tanto à (i) impossibilidade de renúncia a um direito existente; quanto à (ii) necessidade de intervenção jurisdicional para a resolução de um conflito.

Nessa segunda visão, a disponibilidade diria respeito à pretensão de tutela judicial. Há casos em que o processo judicial é, de fato, indispensável, como no direito penal. Nessas hipóteses, fala-se em indisponibilidade com relação à resolução do litígio. Ou seja, disponível seria aquele litígio que prescinde de intervenção pelo poder Judiciário.

Na visão de Eduardo Talamini, é esse o significado de disponibilidade que deve ser adotado para a arbitrabilidade, com o qual concordamos. É importante a sua lição sobre o conceito:

Esse é o significado razoável da regra do art. 1.º da Lei 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Na arbitragem, não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito. O objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela judicial. É um negócio processual, e não substancial. Logo, o

²⁹² LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 62.

pressuposto de disponibilidade está igualmente no plano processual.²⁹³

Uma vez que a Lei de Arbitragem trata essencialmente de meio de resolução de litígios, faz sentido que a disponibilidade a que se refere também diga respeito ao meio de resolução, não diretamente ao direito material. Nesse aspecto, bastaria que determinado conflito pudesse ser resolvido por qualquer outra maneira fora do Judiciário para que possa ser submetido à arbitragem. Esse conceito é importante para a viabilização da arbitragem no processo coletivo, conforme será desenvolvido abaixo.

4. A ARBITRABILIDADE NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

Quando transportada para o processo coletivo, a arbitragem pode gerar controvérsia quanto à arbitrabilidade das questões ali discutidas e dos sujeitos integrantes no processo. Isso porque o processo coletivo lida com peculiaridades quanto aos sujeitos e quanto aos objetos do litígio.

A legitimidade *ad causam* nas ações coletivas possuem um regime próprio.²⁹⁴ No litígio coletivo, os sujeitos são o grupo – uma entidade disforme, fluida e desorganizada. Esse grupo será representado pelo fenômeno da substituição processual, cuja legitimação decorre de lei.

Ou seja, a lei expressamente elenca os entes legitimados para a representação dos grupos envolvidos no litígio, de forma que não será necessário ouvir a vontade dos substituídos quanto à escolha do substituto processual. Isso é importante, pois os indivíduos componentes de uma coletividade podem nem sequer ser identificáveis – e, quando são, podem ser tantos que a aferição da vontade de cada um é impraticável.

No regime da substituição, os legitimados poderão postular em favor da coletividade, mesmo que se trate de direito alheio, por terem legitimidade conferida expressamente pela lei. Entretanto, a arbitrabilidade subjetiva não diz respeito à legitimidade, mas à capacidade de exercício de direitos. Concordamos com o

²⁹³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. *Coleção Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, vol. 6, 2018.

²⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 196.

posicionamento de que a aferição da capacidade de contratar seja feita sobre o representante da coletividade.²⁹⁵ Logo, importa saber se os entes legitimados possuem efetivamente capacidade para contratar, para que estejam adequados ao critério subjetivo da arbitrabilidade. Nos parece certo que sim.

Os órgãos públicos²⁹⁶ legitimados pelo artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, podem celebrar negócio jurídico resultante em Termo de Ajustamento de Conduta (“TAC”), com força de título executivo extrajudicial.²⁹⁷ Diante disso, nos parece clara a capacidade de contratar do legitimado ao poder celebrar negócio jurídico que encerra a controvérsia coletiva.

As associações, apesar de serem legitimadas extraordinárias conforme a lei, não podem celebrar compromisso de ajustamento de conduta.²⁹⁸ No entanto, se adotada a premissa de que as associações podem celebrar acordo coletivo, naturalmente se conclui que também há capacidade de contratar. Portanto, cumprido o requisito da arbitrabilidade subjetiva também para as associações.

Quanto à arbitrabilidade do objeto em discussão, devem ser atendidos os requisitos da patrimonialidade e da disponibilidade. Para a patrimonialidade, não há maiores discussões. O litígio deve ser passível de mensuração em pecúnia para poder ser submetido à arbitragem.

A controvérsia é maior quando diz respeito à disponibilidade. Isso porque, para grande parte da doutrina no Brasil, os direitos metaindividuais seriam indisponíveis em razão de serem postulados em juízo pela via da substituição processual. Essa conclusão comporta uma série de críticas. Como sustentamos, não se deve considerar o conceito de disponibilidade como uma renúncia do direito. De fato, o legitimado extraordinário não

²⁹⁵ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

²⁹⁶ A referência a “órgãos públicos” não diz respeito a uma unidade administrativa criada por desconcentração e desprovida de personalidade jurídica, mas à natureza pública do legitimado.

²⁹⁷ A possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta está prevista no §6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

²⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, p. 93, 2006. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

pode renunciar ao direito do grupo, mas isso não impede a possibilidade de se fazer concessões recíprocas.²⁹⁹

Concordamos com a posição de que a dita indisponibilidade deve ser associada a um poder negocial do legitimado, não a um aspecto objetivo do direito. Com isso, não se pode concluir que o mero fato de os direitos serem difusos e coletivos em sentido estrito os torna indisponíveis.

Na realidade, como sustentamos, para fins de arbitrabilidade, a indisponibilidade diz respeito à necessidade de intervenção judicial, não a um aspecto do direito posto em discussão. Logo, o mero fato de a Lei disponibilizar ao legitimado a possibilidade de celebrar o termo de ajustamento de conduta indica a sua adequação ao requisito da arbitrabilidade objetiva.

O termo de ajustamento de conduta resulta de uma composição evidentemente extrajudicial, que pode colocar fim à controvérsia. Ou seja, não haverá necessidade de intervenção do Juiz em momento algum para a resolução do litígio. Portanto, se é possível para o legitimado a celebração de termo de ajustamento de conduta acerca dos direitos metaindividuais, também o é para a submissão de litígios dessa categoria à arbitragem.³⁰⁰

Não vemos razão para se obstar com tanta insistência a possibilidade de resolução de litígios coletivos na arbitragem. A arbitragem não implica a renúncia do direito. Pelo contrário, na arbitragem coletiva, o grupo será devidamente representado pela via da substituição processual, por ente cuja legitimidade foi conferida pelo legislador.

Diante disso, se é permitida a resolução de litígios coletivos com o termo de ajustamento de conduta, tido como transação, não haveria porque se impedir a arbitragem. Trata-se de meio heterocompositivo de resolução de litígios, que atenderá obrigatoriamente ao devido processo legal, cuja resolução se dará por um terceiro de confiança das partes e com sentença com eficácia de título executivo judicial.

Na realidade, a possibilidade de resolução do litígio pela arbitragem só poderá trazer benefícios para uma potencial arbitragem coletiva, dada a celeridade do

²⁹⁹ ABDO, Carlo Marinoni; VIOLIN, Jordão. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 517-518.

³⁰⁰ ABDO, Carlo Marinoni; VIOLIN, Jordão. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 518.

procedimento arbitral e, especialmente, o alto grau de especialização dos árbitros, o que poderá se mostrar de grande importância para a resolução de litígios de sensibilidade elevada.

5. CONCLUSÃO

Sérgio Cruz Arenhart defende um controle rigoroso e constante quanto à representação adequada em ações coletivas.³⁰¹ Se o representante é legitimado para substituir processualmente uma coletividade, defendendo-a no seu direito material, entendemos que também deve ser legitimado para escolher a forma de resolução da disputa. O controle da representatividade adequada, inclusive, poderá (e deverá) ser feito pelos árbitros.

Partindo da premissa de que há disponibilidade processual nos interesses coletivos – passíveis de termos de ajustamento de conduta – o outro requisito a ser observado para fins de arbitrabilidade é o da patrimonialidade.

Sabemos que o conteúdo patrimonial se expressa em sentido econômico-financeiro do direito invocado, normalmente relacionado com as relações jurídicas de ordem contratual.³⁰² Via de regra, são definidos como aqueles que possuem expressão pecuniária. Diversamente deles, os direitos não patrimoniais, geralmente, são aqueles direitos da personalidade, do estado da pessoa etc. Apesar disso, existe a possibilidade de existirem aspectos patrimoniais em direitos cujo núcleo não é, em si, patrimonial (v. tópico anterior).

Para fins de preenchimento do requisito da patrimonialidade, basta que existam os aspectos patrimoniais mencionados. O interesse é patrimonial, portanto, não exclusivamente quando o seu objeto é diretamente revestido de valor econômico, pois a patrimonialidade também é configurada pela aptidão de o inadimplemento ser reparado ou compensado com medidas de conteúdo econômico.³⁰³

³⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 213.

³⁰² PENTEADO JR., Cassio M. C. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio de sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 16, p.102-111, abr./jun. 2002.

³⁰³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. *Coleção Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, vol. 6, 2018.

Nesse sentido, verifica-se a existência de aspectos econômicos em determinadas demandas coletivas. Tanto é assim que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do IBDP, sugere a possibilidade de resolução via arbitral de certos conflitos.

Portanto, conclui-se que não há óbice para a resolução de conflitos coletivos com aspectos patrimoniais pela via arbitral. A sugestão deste ensaio visa a garantir julgamentos mais técnicos e céleres para ações que demandam alto grau de especialização. Caberá ao representante adequado optar pela via que entender mais apropriada.

As ações coletivas, muitas das vezes, demandam um alto grau de especialização. Havendo a possibilidade de optar pelo julgamento mais técnico possível, afinal, quem não gostaria de ter alguém como Sérgio Cruz Arenhart como julgador?

REFERÊNCIAS

ABDO, Carlo Marinoni; VIOLIN, Jordão. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALEMANHA. *Código de Processo Civil*. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em 18.08.2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARON. P. M.; LINIGER, S. A second look at arbitrability: approaches to arbitration in the United States, Switzerland and Germany. *Arbitration International*, volume 19, n. 1, março de 2003.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Public Policy and Arbitrability. In: SANDERS, Pieter. *Comparative Arbitration practice and Public Policy in arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1987.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Volume 1. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

BRASIL. *Lei 9.307 de 1996, que dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 18.08.2022.

BULGÁRIA. *Código de Processo Civil*. Disponível em <<https://kenarova.com/law/Code%20of%20Civil%20Procedure.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6. ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHINA. *Lei de Arbitragem*. Disponível em <[DINAMARCA. *Lei de Arbitragem*. Disponível em <\[https://voldgiftsinstitutet.dk/wp-content/uploads/2015/01/danish_arbitration_act_2005.pdf\]\(https://voldgiftsinstitutet.dk/wp-content/uploads/2015/01/danish_arbitration_act_2005.pdf\)>. Acesso em 18.08.2022.](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383756.htm#:~:text=laws&text=Article%201%20This%20Law%20is,of%20the%20socialist%20market%20economy.>>. Acesso em 18.08.2022.</p></div><div data-bbox=)

ESTADOS UNIDOS. *Lei Federal de Arbitragem*. Disponível em <<https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

FOUCHARD, F.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editado por Emmanuel Gaillard e John Savage. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999.

GUANDALINI, Bruno. A noção de arbitrabilidade: a posição do STJ e a inconveniência da sua adoção no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, In: *Recueil des cours - Académie de droit international*, vol. 296, Haia, 2002.

IBDP. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. 2005. Disponível em <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf> Acesso em 18.08.2022.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, p. 93, 2006. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em 18.08.2022.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Class Arbitration: Instauração de Processo Arbitral para a Resolução de Conflitos Envolvendo Direitos de Natureza Transindividual*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

NOVA ZELÂNDIA. *Lei de Arbitragem*. Disponível em <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>>. Acesso em 18.08.2022.

PENTEADO JR., Cassio M. C. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio de sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 16, p.102-111, abr./jun. 2002.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitrabilidade. In: MOTTA JR, Aldemar *et al. Manual de Arbitragem para Advogados*, 2015. Disponível em: <http://oabam.org.br/downloads/manual-arbitragem.pdf>. Acesso em 18.08.2022.

SANDERS, Pieter. *Comparative Arbitration practice and Public Policy in arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1987.

STREINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SUÍÇA. Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/CCP_Translation.pdf>. Acesso em 18.08.2022.

SUÍÇA. *Lei de Direito Internacional Privado*, de 18 de dezembro de 1987. Disponível em <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf>. Acesso em 18.08.2022.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências pro-cessuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. *Coleção Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, vol. 6, 2018.

CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EXERCIDO COM EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS, FÍSICOS E BIOLÓGICOS PREJUDICIAIS À SAÚDE EM COMUM APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 103/2019

MARIANA CERQUEIRA ANDRADE: Pós-graduanda em Direito e Processo Administrativo na Universidade Federal do Tocantins. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada.

DAGMAR ALBERTINA GEMELLI

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo terá por tema de estudo a aposentadoria especial dos servidores públicos que laboraram sob condições prejudiciais à saúde e a integridade física, dando ênfase na (im)possibilidade conversão dos tempos especiais prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física em tempo comum, bem como aborda as principais alterações promovidas pela Emenda Constitucional n° 103, de 2019. Será abordado em específico, as consequências da alteração constitucional para os servidores públicos efetivos vinculados aos regimes estatutários dos diferentes entes federados após o advento da Emenda Constitucional n° 103/2019, observando-se verdadeiro retrocesso na garantido dos direitos desses servidores no que se refere à aposentadoria especial e a conversão do tempo especial em comum. Para tanto, este trabalho desenvolve uma pesquisa teórica descritiva e de metodologia dedutiva.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Direito Previdenciário. Aposentadoria especial do servidor sob condições prejudiciais à saúde e à integridade física. Emenda Constitucional n°103/2019.

ABSTRACT: This article will study the special retirement of public servants who worked under conditions harmful to health and physical integrity, emphasizing the conversion of special times provided into conditions harmful to health and physical integrity in common time, as well as addressing the main changes promoted by Constitutional Amendment n° 103, of 2019. The consequences of the constitutional amendment for effective public servants linked to the statutory regimes of the different federated entities after the advent of Constitutional Amendment No. 103/2019 will be specifically addressed, observing There

is a real setback in the guarantee of the rights of these civil servants with regard to special retirement and the conversion of special time into common. Therefore, this work develops a descriptive theoretical research and deductive methodology.

Key-words: Administrative Law. Social Security Law. Special retirement of the server under conditions harmful to health and physical integrity .Constitutional Amendment n° 103, of 2019.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar a conversão de tempo especial em comum, para o servidor que exerceu atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, no Regime Previdenciário Próprio dos Servidores Públicos do Estado do Tocantins e as mudanças após edição da Emenda Constitucional n° 103/2019.

Inicialmente, destaca-se que o Regime Previdenciário é constituído por um conjunto de regras, constitucionais e infraconstitucionais, que disciplinam os benefícios concedidos aos servidores públicos em virtude do preenchimento de requisitos predeterminados legalmente, com a finalidade de socorrer tanto o segurado como seus dependentes.

Estão abrangidos no regime previdenciário próprio dos servidores públicos apenas os servidores públicos estatutários que ocupem cargos efetivos. No Estado do Tocantins a Lei que dispõe sobre o Regime Próprio de Servidores é a Lei Estadual n° 1.614, de 04 de outubro de 2005.

Dentre os benefícios concedidos aos servidores públicos do Estado do Tocantins, destaca-se as pensões e as aposentadorias. No presente trabalho, dar-se-á enfoque a aposentadoria especial, concedida aos servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde e a (im)possibilidade de conversão do tempo laborado nestas condições em especial.

Para Carvalho Filho (2018, versão digital) a “Aposentadoria é o direito, garantido pela Constituição, ao servidor público, de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos.”

Já para Di Pietro a:

“**Aposentadoria** é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo,

idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária.” (DI PIETRO, 2019, VERSÃO DIGITAL)

Entretanto, existem algumas situações que se diferenciam da regra geral, pois devido a sua natureza ou peculiaridade merecem tratamento diferenciado.

A Aposentadoria Especial, para servidores que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, inicialmente prevista pelo art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal e com a Edição da Emenda Constitucional nº 103/2019 passou a ser prevista no art. 40, § 4-C da Constituição Federal.

Para caracterizar a aposentadoria especial, o segurado deve estar exposto de forma permanente, não ocasional e nem intermitente a agentes nocivos, que, por sua vez, se dividem em físicos, químicos ou biológicos. Agentes nocivos são definidos como aqueles que podem trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em função de natureza, concentração, intensidade e fator de exposição.

Dito isso, passa-se a definir o objeto de estudo desse trabalho: a conversão de tempo de atividade especial no âmbito do Regime Próprio dos Servidores Públicos.

A Conversão de tempo exercido em atividade especial em comum se caracteriza quando:

“(…) o trabalhador não totaliza o tempo mínimo exigido em lei para fazer jus à aposentadoria especial. Nesse caso, o tempo laborado sob condições especiais será convertido em “tempo comum”, de acordo com fatores de multiplicação estabelecidos no Decreto Federal nº 3.048/1999, o eu interessado poderá alcançar a aposentadoria comum antecipadamente. (BEDONE e FERREIRA, 2018, pág. 215)

Desse modo, observa-se que caso determinado servidor público que exerceu atividades especiais e volte a exercer atividades normais, sem sujeição a riscos à saúde e à vida, poderá ter o tempo exercido em atividade especial convertido em atividade comum.

Nesse contexto, este trabalho busca corroborar na área do direito previdenciário, debatendo a possibilidade ou não da conversão do tempo especial, exercido com risco à

saúde e à vida, em tempo comum, antes e depois do advento das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

1. Abordagem histórica da aposentadoria especial (art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal)

Em um panorama histórico, nota-se que a Constituição Federal, promulgada em 1988, inicialmente previu apenas a possibilidade de edição de lei complementar para estabelecer exceções à regra geral das aposentadorias em nos casos de atividades penosas. Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, foi acrescida a previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria de servidores que estivessem em “atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, dependendo da edição de lei complementar (art. 40, § 4º, da Constituição Federal), ou seja, é uma norma de eficácia limitada.

Nesse ponto, cabe ressaltar que a competência para legislar sobre previdência social é concorrente, nos termos do artigo 24, XIII, da Constituição Federal. Sendo assim, cabe à União editar norma complementar de natureza geral. Entretanto, diante da omissão da União, os Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam revestir-se de competência legislativa plena.

Certo que se houvesse a edição de Lei Complementar pela União eventuais leis complementares Estaduais e Municipais que fossem contrárias à norma geral seriam revogadas (art. 24, § 4º, da CF)

Diante disso, houve a edição de nova emenda constitucional, a Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, que alterou novamente o art. 40, § 4º, da CF, acrescentando a possibilidade de adoção de critérios diferenciados nos seguintes casos para os servidores públicos: portadores de deficiência; que exerçam atividades de risco; cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física; todos os casos previam a necessidade de edição de lei complementar.

Entretanto, devido a inércia legislativa, por não haver a promulgação de lei complementar que disciplinasse a matéria do artigo 40, § 4º, foi interposto Mandado de Injunção que permitiu ao Supremo Tribunal Federal - STF editar a Súmula Vinculante nº 33, reconhecendo o direito à aposentadoria especial aos servidores públicos, por meio da aplicação analógica do artigo 57 e 58, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social.

A Referida Súmula diz respeito à aposentadoria especial de servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde, uma vez que a matéria já estava pacificada no Tribunal. Sendo editada nos seguintes termos:

“Súmula vinculante 33

Enunciado

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

Dentro da sua competência, a Secretaria de Políticas de Previdência Social editou a Instrução Normativa MPS/SPS nº 01, de 22 de julho de 2010, que “estabelece instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do direito à aposentadoria dos servidores públicos com requisitos e critérios diferenciados, de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33.”

No Âmbito do Estado do Tocantins, o Instituto de Gestão Previdência do Estado do Tocantins - IGEPREV/TO editou a Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre os procedimentos relativos à concessão de aposentadoria dos servidores públicos, vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Tocantins, com os requisitos e critérios diferenciados de que trata o art. 40, §4º, inciso III da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33 do Supremo Tribunal Federal.

A Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV no seu artigo 2º prevê que a aposentadoria especial será concedida:

“(…) ao servidor vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS-TO que tenha exercido atividades no serviço público, em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período de vinte e cinco anos de trabalho permanente, não ocasional nem

intermitente.” (INSTITUTO DE GESTÃO PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO DO TOCANTINS - IGEPREV-TOCANTINS, 2017, art. 2º)

Da análise da Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV observa-se que para o reconhecimento de tempo de atividade especial pelo IGEPREV/TO, o segurado deve instruir os autos, de acordo com o art. 10 daquela IN, destacando-se os seguintes documentos: cópia do mandado de injunção, Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho, Despacho e Análise Administrativa da Atividade Especial e Análise e Decisão Técnica de Atividade Especial do Perito Médico.

2. Conversão de tempo comum em especial antes da Emenda Constitucional nº 103/2019

A aposentadoria especial é concedida ao servidor, vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social, que tenha exercido, pelo período de 25 (vinte e cinco) anos, atividades em condições especiais, no serviço público, que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, não ocasional nem intermitente.

Entretanto, nem todos os servidores logram êxito em comprovar os 25 (vinte e cinco) anos de exercício de atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física nesse sentido **questionou-se a possibilidade de conversão do tempo especial (já comprovado) em tempo comum.**

Primeiramente, cumpre destacar que não há previsão/garantia constitucional da conversão de tempo exercido em condições especiais em tempo exercido em condições normais.

Constatava-se a existência posicionamentos antagônicos, de um lado os servidores públicos que defendiam a possibilidade de conversão e, do outro lado, o Poder Público, que adotou a tese de impossibilidade de conversão do tempo comum em especial, alegando o silêncio eloquente da Constituição Federal, ou seja, a ausência de autorização constitucional seria proposital no sentido de não permitir tal conversão.

A possibilidade ou não de conversão do tempo especial em comum foi amplamente debatida nas cortes superiores. Para dirimir o conflito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmaram a tese adotada pela Fazenda Pública e estabeleceu que **não havia possibilidade de conversão de tempo de serviço prestado**

em atividade especial em comum, destacando-se o RE 1014286 RG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, do Tribunal Pleno do STF, julgado em 20/04/2017; e o entendimento do STJ no EREsp 524.267/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 24/3/2014.

Nas decisões acima citadas, as Cortes superiores estabeleceram que o alcance do art. 40, § 4º, inciso III, da CRFB/88 e a Súmula vinculante nº 33, não tutela o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, não se admitindo, portanto, a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas.

No entanto, em 31 de agosto de 2020 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário interposto no RE nº 1014286, de Relatoria do Ministro Luiz Fux e Relator para Acórdão Edson Fachin, em sede de Repercussão Geral – editou o **Tema 942**, expondo o seguinte entendimento, *verbis*:

“Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC nº 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República.” (STF. Plenário. RE 1014286, Rel. Luiz Fux, Relator p/ Acórdão Edson Fachin, julgado em 31/08/2020. Repercussão Geral – Tema 942).

Diante da tese fixada no Tema 942, no julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 1014286, ficou estabelecido que há possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum seja observada pelo RGPS e pelos RPPS para o tempo cumprido até 13.11.2019.

Após a edição do Tema 942, o Superior Tribunal de Justiça alinhou seu posicionamento ao do STF e, em juízo de retratação, expondo o que segue: "*Até a edição da EC 103/2019, é admissível, aos servidores públicos, a conversão do tempo de serviço especial em comum objetivando a contagem recíproca de tempo de serviço.*" STJ. 2ª Turma. REsp 1592380-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 08/02/2022 (Info 724).

Importante destacar que os julgados acima abrangem apenas o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, ou seja, não é aplicável à conversão em tempo comum do tempo prestado pelo servidor na condição de pessoa com deficiência (inciso I do § 4º do art. 40 da Constituição Federal), nem de conversão de tempo exercido em atividades de risco (inciso II do § 4º do art. 40 da Constituição Federal), tampouco ao tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, na hipótese de aposentadoria de professor (§ 5º do art. 40 da Constituição Federal).

Sendo assim, veja-se como foi estabelecida a conversão do tempo especial em comum no Regime Geral de Previdência. Observa-se que, inicialmente, a Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em sua redação originária no art. 57, § 3º, permitia a conversão tempo especial em comum e a conversão inversa (tempo comum em especial).

Entretanto, com a alteração promovida pela Lei nº 9.032/1995, passou a ser permitida apenas a conversão de tempo especial (tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física) em comum, nos termos do art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991.

Quanto aos fatores de conversão do tempo especial em comum, destaca-se o entendimento exposto na Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME, do Ministério da Economia, aprovado pelo DESPACHO Nº 846/2021/SPREV/SEPRT-ME, de lavra do Secretário da Previdência, *in verbis*:

"Assim sendo, pode-se afirmar que as aludidas teses fixadas pelo STJ não entravam em conflito com as disposições do art. 70 do Regulamento da Previdência Social, na redação que estava em vigor antes da edição da EC nº 103, de 2019, já que a tabela com os fatores de conversão de que tratava o caput daquele artigo obedecia à proporcionalidade entre a aposentadoria voluntária comum e a especial, quanto ao requisito então em vigor referente ao tempo de contribuição, além de prescrever a aplicação de suas regras de

conversão ao trabalho prestado em qualquer período.” (Ministério da Economia, Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME, 2021)

Nesse sentido, conclui-se que na conversão de tempo laborado em condições especiais em tempo comum deverá obedecer aos fatores de multiplicação e dispostos no art. 70 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999).

3. Como distinguir qual a Lei aplicável

Antes de abordar as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, no que se refere ao tema em comento, é importante definir qual legislação será aplicada a cada caso em análise.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1310034, em sede de recursos repetitivos, fixou o Tema 546 no seguinte sentido: *“A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço.”* (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.034 – PR, processo originário nº 2012/0035606-8, 2012).

Em seu voto o relator estabeleceu três questões a serem resolvidas: quanto ao aspecto temporal, qual a lei que estabelece a caracterização do tempo de serviço especial; qual o critério utilizado para determinar o fator de conversão do tempo de serviço especial em comum; e o questionamento objeto do tema 546.

Quanto ao primeiro questionamento restou estabelecido que a caracterização do serviço especial e a comprovação do tempo de atividade exercido sob condições especiais será regida pela legislação vigente na ocasião da prestação do serviço.

O segundo questionamento foi respondido nos seguintes termos: *“a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço”* (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.034 – PR, processo originário nº 2012/0035606-8, 2012).

No tocante ao terceiro questionamento, objeto da controvérsia do Tema 546, legislação determina a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum e vice-versa. Sendo respondido que a legislação que incide sobre a aposentadoria

especial, quando preenchidos os requisitos que determinará a possibilidade de conversão ou não e como visto acima, será a mesma lei a que definirá o fator de conversão.

4. Emenda Constitucional 103/2019 e a Tese fixada pelo tema 942

Após a Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019,), houve a alteração da redação do § 4º do art. 40. Veja-se a redação atualizada:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º.

(...)

§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

Para Amado (2020), a alteração acima descrita foi considerada um retrocesso visto que a adoção de critérios diferenciados para a aposentadoria especial em questão passou a ser ato discricionário do legislador de cada ente federativo, bem como quebra a isonomia entre os servidores públicos das diferentes esferas de governo, visto que não haverá a publicação de uma lei complementar nacional que regulamentará a matéria de maneira geral.

Como visto, o art. 40, § 4º-C, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, determina que cada ente político da Federação deverá estabelecer por meio de leis complementares regras para jubilação de seus agentes estatais (segurados do RPPS) cujas atividades sejam exercidas com efetiva

exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes.

Neste sentido, conclui-se que, em relação aos agentes vinculados aos entes federados, a União não possui mais competência legislativa para dispor sobre a aposentadoria especial desses servidores, conseqüentemente a omissão na edição de legislação sobre aposentadoria especial de servidores públicos estaduais, municipais ou distritais também não é de sua competência.

Com a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, observa-se que houve a distinção entre os servidores vinculados ao RPPS de cada ente federativo. Sendo assim, inicia-se com a análise das mudanças aplicadas aos servidores da União em relação à conversão do tempo especial em comum.

De acordo com o artigo 10, § 3º, da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, em relação aos servidores da União foi estabelecida vedação à conversão de tempo especial em tempo comum até que entre em vigor nova legislação federal que discipline sobre a matéria, nos seguintes termos:

Emenda Constitucional nº 103, de 2019

Art. 10. Até que entre em vigor lei federal que discipline os benefícios do regime próprio de previdência social dos servidores da União, aplica-se o disposto neste artigo.

(...)

II - o servidor público federal cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, aos 60 (sessenta) anos de idade, com 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição e contribuição, 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria;

(...)

§ 3º A aposentadoria a que se refere o § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal observará adicionalmente as condições e os

requisitos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, naquilo em que não conflitarem com as regras específicas aplicáveis ao regime próprio de previdência social da União, vedada a conversão de tempo especial em comum.

Destaca-se que a vedação à conversão de tempo especial em tempo comum no âmbito do RPPS da União, para o tempo cumprido após a publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019 em 13.11.2019.

Ademais, observa-se que o artigo 10, inciso II, da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, inovou acrescentando o requisito etário para a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos federais vinculados ao RPPS.

Pois bem. Quanto aos Servidores Públicos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, além das alterações do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, destaca-se a redação do artigo 21, § 3º da EC nº 103, de 2019, nos seguintes termos:

Art. 21 (...)

§ 3º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, na forma do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Inicialmente, evidencia-se que os Estados, Distrito Federal e Municípios passaram a ter competência plena para disciplinar a aposentadoria especial dos servidores vinculados ao RPPS, mesmo que até a edição de lei complementar específica, sejam aplicadas de forma subsidiária às normas do RGPS.

Apesar da vedação do direito à conversão do tempo especial em tempo comum dos servidores federais, nada impede que eventual lei complementar editada por ente federado permita que tempo exercido em atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde seja convertido em tempo comum.

No mesmo sentido, não há vedação expressa ao direito à “conversão inversa”, ou seja, conversão do tempo comum em especial, que poderá ser estabelecida em normativa local pelos entes federados.

Assim sendo, conclui-se que os servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios não possuem o direito à conversão de tempo de contribuição especial para comum ou à concessão do benefício de aposentadoria especial, nos termos do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, pois somente existirá tal direito caso o respectivo Ente Federativo edite lei complementar que o discipline a matéria.

Quanto à possibilidade de contagem recíproca do tempo de contribuição especial, salienta-se o entendimento extraído da Nota Técnica SEI nº 792/2021/SRPPS/SPREV/SEPRT/ME, de 21/01/2021, emitido pela Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV, considerando que:

“17. A aplicação combinada do § 14 do art. 201 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, e do art. 25 dessa mesma reforma previdenciária, também permite concluir que **é válida a conversão, no âmbito do RGPS, de tempo especial em tempo comum, cumprido até 13.11.2019**, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 1991, **inclusive para efeito de contagem recíproca**.

18. Apesar de o § 14 do art. 201 da Constituição prescrever uma norma proibitiva e o art. 25 da EC nº 103, de 2019, uma norma permissiva de conversão de tempo especial em tempo comum, ambas estas normas coexistem porque elas acabam estabelecendo em conjunto um marco temporal de validade para a mudança do regime jurídico na data de entrada em vigor da Reforma em 13.11.2019. Assim, a vedação de contagem de tempo de contribuição fictício, o que abrange a conversão de tempo especial em tempo comum, para efeito de concessão de benefício previdenciário e de

contagem recíproca, apenas incide em relação ao tempo especial cumprido após a entrada em vigor da Reforma. Ou seja, a norma proibitiva do § 14 do art. 201 da CF, quando combinada com o art. 25 da EC nº 103, de 2019, implica a existência de uma norma oposta, permissiva a contrário sensu, que possibilita a conversão de tempo especial em comum, inclusive para efeito de contagem recíproca, cumprido até a publicação dessa reforma.

(...)

28. Acrescente-se que as hipóteses de não aplicação da **conversão de tempo especial em tempo comum, cumprido após a EC nº 103, de 2019**, por vedação ou falta de regulamentação legal, **também constituem óbice à contagem diferenciada de tempo especial na contagem recíproca**, porquanto o regime instituidor do benefício deve estar amparado em norma própria de contagem diferenciada aplicável ao mesmo período que se pretende averbar com conversão de tempo especial em tempo comum.” (grifo inserido)

Inicialmente, cumpre destacar que a contagem recíproca é a possibilidade do servidor transferir tempo de contribuição de um regime previdenciário para outro, como por exemplo: um servidor que possui tempo de trabalho no INSS pode remeter este tempo ao regime próprio do servidor público.

Deste modo, segundo entendimento da Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV, a conversão de tempo especial em tempo comum, para fins de contagem recíproca, somente é válida somente para os tempos cumpridos até 13.11.2019 (anterior a EC nº 103/2019). Quanto aos tempos cumpridos após 13.11.2019, deve ser observada as normas vigentes no regime instituidor do benefício, sendo vedada a contagem recíproca dos tempos convertidos nos casos em que o regime instituidor o proíba.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se a princípio que a aposentadoria especial de servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde era estabelecida pelo art. 40, § 4º, da Constituição Federal, entretanto para que este direito fosse efetivamente utilizado pelos servidores públicos seria necessária a edição de Lei Complementar pela União. O que não ocorreu.

Desse modo, diante da inércia legislativa, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 33, que permitiu a concessão da aposentadoria especial por meio da aplicação analógica do artigo 57 e 58, da Lei nº 8.213/1991.

Além disso, observa-se que não existia norma constitucional que previa a possibilidade de conversão do tempo especial, exercido em condições especiais que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, em tempo comum para os servidores públicos.

Somente com a fixação do Tema 942 pelo STF, passou a ser permitida a conversão de tempo especial em comum para os servidores públicos, ficando estipulado que os tempos cumpridos até 13.11.2019 será possível a conversão.

Com a alteração constitucional promovida pela EC nº 103/2019 no art. 40, § 4º-C, houve verdadeiro retrocesso no que concerne ao direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, uma vez que foi facultado a cada ente federado legislar sobre o assunto. Impossibilitando a edição de norma geral pela União, e acarretando na perda da isonomia dos servidores vinculados aos diferentes entes.

Ademais, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, a possibilidade de conversão do tempo especial em comum foi extinta para o servidor público vinculado ao RPPS da União. Ademais, para este grupo de servidores também foi acrescentado o critério etário para a concessão da Aposentadoria Especial.

Quanto aos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com as alterações promovidas pela EC nº 103/2019 no art. 40, §4º-C da Constituição a conversão do tempo especial em comum ficou a critério do legislador complementar de cada ente federado, que poderá prever ou não a contagem diferenciada do tempo de aposentadoria especial.

Neste sentido, entende-se que a norma constitucional que permitiu a aposentadoria especial com tempo reduzido de contribuição, foi editada para garantir isonomia ao trabalhador que laborou em parte ou na integralidade de sua vida contributiva sob condições de exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, atuando como forma de compensação e equilíbrio aos riscos que o servidor foi exposto.

A impossibilidade de conversão do tempo especial em comum, como já dito, representa enorme retrocesso nos direitos dos servidores públicos que laboraram parte da sua vida sob condições especiais.

A Conversão do tempo especial em comum trata-se, tão somente, de uma compensação da relação de trabalho, pois o servidor foi submetido a condições especiais de trabalho danosas à saúde e à segurança. Pois a norma constitucional que permite a aposentadoria especial nestes casos visa a proteção e a valorização social do trabalho e de redução do tempo de labor desses servidores reduzindo os riscos inerentes ao trabalho.

Com a impossibilidade de conversão, os trabalhadores que não completarem o tempo para se aposentar pela regra especial têm o tempo exercido em condições especiais computado como tempo comum, o que representa uma redução nos direitos sociais desses trabalhadores.

Nesse mesmo sentido, considera-se retrocesso o impedimento da contagem recíproca do tempo de contribuição sob o argumento de se tratar de tempo ficto.

Dito isso, observa-se que, ao longo dos anos, com as diversas edições de Emendas Constitucionais os direitos dos servidores públicos dos diversos entes federados vêm sendo gradualmente reduzidos, em que pese a edição de normas de transição, os novos servidores têm direitos consideravelmente tolhidos comparado aos direitos daqueles que os precederam, ou seja, antes das emendas à Constituição.

Destarte, revela-se a importância de se normatizar o tema de maneira uniforme para os servidores públicos de todos os entes federados, para que seja assegurado o Princípio da Isonomia – previsto na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Reforma da previdência comentada. 3. ed. Salvador: Editora: JusPodivm, 2020. E-book.

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. Direito previdenciário público: regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Estado de São Paulo. 1. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV. Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Secretária de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Orientação Normativa nº 16, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/10157/9612858/MPOG_ORIENTA%C3%87%C3%83O+NORMATIVA+N%C2%BA%205,%20DE+22_7_2014,%20DOU+I+DE+23_7_2014. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF- RE 1014286/SP, Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/04/2017, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 18-05-2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201014286%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF- RE 1014286/SP, Tema 942. Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 31/08/2020, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 24.09.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491887&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 33. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>. Acesso em: 23. jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ (S1 - Primeira Seção). Recurso Especial - REsp 1310034/ PR - 2012/0035606-8. Tema Repetitivo 546. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Brasília, 24/10/2012. DJe 19/12/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200356068&dt_publicacao=19/12/2012>. Acesso em: 24 jun. 2022.

CARVALHO Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Até a edição da EC 103/2019, é admissível, aos servidores públicos, a conversão do tempo de serviço especial em comum objetivando a contagem recíproca de tempo de serviço. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/05e2a0647e260c355dd2b2175edb45b8>>. Acesso em: 23/06/2022.

CUNHA, Leiliane. As (IN) constitucionalidades das regras para concessão da aposentadoria especial trazidas pela EC 103/2019. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL, [S. I.], v. 4, n. 1, p. 50–70, 2021. Disponível em: <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/143>. Acesso em: 9 maio. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo. 32^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

LAZZARI, João Batista; BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno. (2021). Reforma da previdência (EC nº 103/2019): inconstitucionalidade da vedação à conversão do tempo de atividade especial em comum. JURIS - Revista Da Faculdade De Direito, 30(2). Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/12231>. Acesso em: 9 maio. 2022.

MARTINEZ, Luciano. Reforma da previdência: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. E-book.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. E-book.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2020. E-book.

PEREIRA, Thiago Alencar Alves. Noções de regime próprio de previdência social: uma análise das teses jurídicas na evolução constitucional. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021.

PIMENTEL, Marcela Paranhos. Aposentadoria especial do servidor público sob condições prejudiciais à saúde e à integridade física e as dificuldades da administração pública estadual do Rio de Janeiro. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, [S. l.], v. 4, n. 1, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4.162. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/162>. Acesso em: 9 maio. 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. Coleção esquematizado®. Coordenador: Pedro Lenza. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2020. E-book.

TOCANTINS. Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Lei nº 1.614, de 4 de outubro de 2005. Publicado no Diário Oficial nº 2.019, de 06 de outubro de 2005. Disponível em: <https://central3.to.gov.br/arquivo/379235/>. Acesso em: 9 jun. 2022.

TOCANTINS. Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins - IGEPREV-Tocantins. Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV, de 26 de junho de 2017. Diário Oficial do Estado nº 4.897, 27.06.2017 (fls. 79/86). Disponível em: <https://central.to.gov.br/download/33968>. Acesso em: 9 jun. 2022.

A VALIDADE DA TEORIA DA ASSERÇÃO COMO MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: IN STATU ASSERTIONIS NO CPC/2015

ALEXANDRE BRANCO PUCCI:

Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - FDC. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul

RESUMO: Partindo da subsistência das condições da ação como categoria jurídica autônoma, o artigo valida a aplicação da teoria da asserção no CPC/2015, diante da sua sintonia com a teoria eclética da ação e as normas fundamentais do moderno processo civil brasileiro, não sem antes percorrer pelos institutos da ação e do processo, com notas sobre a evolução da natureza jurídica da ação e a diferença entre o juízo de admissibilidade do processo e da ação. A ideia foi demonstrar que somente pelo método da teoria *della prospettazione* será possível se estabelecer uma diferença ontológica entre as condições da ação e o mérito.

Palavras-chave: Condições da Ação. Teoria da Asserção. Validade. Código de Processo Civil 2015.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O tema tratado tem como foco central o estudo da validade do método da asserção como forma de identificação das condições da ação no CPC/2015.

Foi Enrico Tullio Liebman com a sua autoridade que situou as condições da ação entre os pressupostos processuais e o mérito. Mas a categoria é controversa, pois parte da doutrina entende que as condições da ação não constituem matéria processual, por não existir diferença ontológica entre carência de ação e mérito.

Não se pode negar que o CPC/1973 adotava a teoria eclética de Liebman. Mas no CPC/2015 a questão é polêmica. Para alguns, foi o fim das condições da ação. Para outros, as condições da ação passaram a ser enquadradas como pressupostos

processuais. Para a maioria, contudo, as condições da ação continuaram a subsistir como conceito autônomo em nosso direito positivo, pertencendo ao quadro dos pressupostos genéricos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

A (re)discussão da importância das condições da ação, sob a perspectiva instrumental do direito processual, ganha relevo diante da necessidade de uma interpretação focada em resultados mais efetivos na aplicação da norma processual. Nesta seara a teoria da asserção se destaca ao enunciar que o julgador deve investigar as condições da ação *in statu assertionis*, ou seja, apenas à luz da hipótese narrada pelo autor na petição inicial. Sob esse prisma a teoria da asserção tem a importante função de complementar o estudo das condições da ação, ao estabelecer um método que diga quando a questão é examinada como simples carência de ação ou como inexistência do direito do autor ao bem da vida.

1.OS INSTITUTOS DA AÇÃO E DO PROCESSO

1.1 Notas sobre a evolução da natureza jurídica da ação

Para a teoria civilista ou imanentista (clássica), que vigorou desde o direito romano até meados do século XIX, o direito processual era considerado um simples apêndice do direito material. A ação um simples capítulo do direito civil (PINHO, 2019, 8.2.1). Essa concepção, inspirada na passagem de Celso (*nihil aliud este actio quam ius quod sibi debeat in iudicio persequendi*), identificava a ação ao direito subjetivo material posto em movimento. Segundo a tese não havia ação sem direito.

Tudo mudou a partir da célebre polêmica havida entre Windscheid e Muther: a ação passou a ser considerada um direito autônomo à prestação jurisdicional.

304 A exemplo de Susana Henriques da Costa: "Não se pode negar que o legislador adotou a teoria de Liebman (arts. 267, VI e 301, X, CPC), determinando que a extinção do processo por carência de ação não julga o mérito. Mas também não é a melhor posição aceitar o positivado, sem questioná-lo. De fato, diante de todo o exposto, conclui-se que o legislador cometeu um erro ao diferenciar as condições da ação das questões de mérito. Diferenciou fenômenos que, ontologicamente, são os mesmos. Essa diferenciação leva a sérias conseqüências de ordem prática e não pode ser aceita, porque não corresponde à realidade das coisas" (COSTA, 2005, pp. 181/182). E também de Cassio Scarpinella Bueno: "O paradoxal é que o CPC de 2015, a despeito de abolir a referida expressão, continua a condicionar a ação. É certo que o faz com uma "condição" a menos – o CPC de 2015 aboliu a chamada "possibilidade jurídica do pedido" (por que ela seria, ontologicamente, questão de mérito, esquecendo-se que os dois outros referenciais também só são compreensíveis à luz das afirmações que desde a petição inicial se faz acerca do mérito). . . ." (BUENO, 2019, 3).

Também nominada de conceitual ou processualista, a teoria autonomista teve origem na obra de Oskar Von Bülow em 1868³⁰⁵. Pela primeira vez foi diferenciada a relação jurídica de direito material da relação jurídica processual, inaugurando a fase autonomista do processo civil. Foi nesta época que se desenvolveram as categorias do juízo de admissibilidade e de mérito.

Foi Adolf Wach³⁰⁶, em 1885, que apresentou a primeira teoria sobre a autonomia da ação. Era a teoria do direito concreto de ação, que veio a reforçar a pesquisa levada a efeito por Bülow (SILVA, 2001, p. 95). Para Wach, além de não se confundir com o direito material, o direito de ação tem natureza pública, posto que um direito subjetivo público contra o Estado.

Mas a autonomia do direito de ação defendida por Wach, frisa João Batista Lopes, não significava que ele fosse um direito abstrato apartado do direito material. Ao revés, exceção feita à ação declaratória negativa, o reconhecimento do direito de ação somente seria possível se o pedido deduzido fosse julgado procedente, pois o direito subjetivo precede necessariamente o direito de ação (LOPES, 2009a, p. 35). Ou seja, por essa teoria o direito de ação é o direito a uma sentença favorável (MEDINA, 2019, p. 159).

Chiovenda, influenciado por Wach, na famosa *Prolusione Bolognese* de 1903, apresentou a sua teoria de base concretista em prestigiada conferência sob o título "A ação no sistema dos direitos". Para a chamada teoria dos direitos potestativos, a ação se opõe ao direito de prestação, porque a ela não corresponde nenhuma obrigação. Não configura a ação, assim, "nenhum direito público, mas sim o *kann recht*, o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei" (GRINOVER, 2011, 5.2). Um direito potestativo em face do réu concluiu Chiovenda sobre a ação, discordando assim de Wach para quem a ação era um direito subjetivo de natureza pública.

Para a teoria concretista, como se viu, o direito de ação só estaria presente quando ela fosse julgada procedente, isto é, "o direito de ação pertence a quem tem razão, contra quem não a tem" (FERREIRA, 2000, p. 59). É fácil notar o seu equívoco: uma ação teria primeiro que ser procedente para, então, ser admitida.

Contraopondo às inúmeras teorias que viam a ação como um direito à obtenção de uma providência jurisdicional favorável, surgiu na Alemanha com

305 Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Gießen, 1868, traduzida para o espanhol sob o título La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Buenos Aires: EJE, 1964.

306 Em sua obra Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

Degenkolb e quase ao mesmo tempo com Plosz, na Hungria, a chamada teoria da ação no sentido abstrato (SANTOS, 2012, p. 184). Na Itália foi Alfredo Rocco, mesmo sob os protestos de Chiovenda, que lhe deu fundamentação própria e definiu o direito de ação. Depois veio Ugo Rocco, seguindo as mesmas pegadas, e juntamente com Alfredo consolidaram a noção com a qual substancialmente concordam os mais importantes processualistas contemporâneos (SANTOS, 2012, pp. 186/187).

Pela teoria abstratista, discorre Lopes da Costa, a ação seria o direito que tem qualquer pessoa de provocar a função jurisdicional do Estado. A existência ou a inexistência do direito subjetivo não tem importância alguma. Pouca importa também o resultado do processo, pois o direito de ação, dirigido contra o Estado (obrigado à prestação jurisdicional), é de todo desvinculado do direito material (COSTA, 1959, p. 85).

A teoria abstrata da ação teve grande penetração no Brasil pelas lições de Enrico Tullio Liebman, mas acrescentada de um detalhe bastante significativo: o direito de ação não é incondicionado, sendo necessário para a sua existência a presença das condições da ação.

A teoria eclética de Liebman foi lançada em aula inaugural na Universidade de Turim no ano de 1949, sendo por ele evitadas as posições extremadas das doutrinas existentes (BARBI, 2008, p. 13). Ao elaborar a sua própria teoria, o professor buscou superar as críticas da teoria concreta e da teoria abstrata pura.

O processualista italiano formulou uma teoria combinando elementos destas duas teorias, evitando os defeitos nelas encontrados. Daí a denominação de teoria eclética, justamente porque apresenta características das teorias abstrata e concreta, ambas marcadas pela autonomia da relação processual.

Na segunda metade do século passado, a doutrina processual brasileira foi fortemente influenciada por Liebman. Suas lições procuraram conciliar as concepções do direito de ação preconizadas por Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei.

Segundo a teoria de Liebman, o direito de ação ficaria “localizado entre os pressupostos processuais e o mérito, estando próximo ao direito material, ligando-se às ideias de Calamandrei, mas que, por outro lado, afirmava também ser a ação um direito público abstrato distinto do mérito da lide, conforme o pensamento de Carnelutti” (RODRIGUES; LAMY, 2018, 1.1.2.4).

Assim, “as teorias da ação - concreta, material e privada de Calamandrei e abstrata, processual e pública de Carnelutti - resultaram na formulação da teoria eclética de Liebman, essencialmente descritiva. A Teoria Eclética, portanto, aquilatou,

quantificou e esmiuçou as demais teorias para concluir merecerem, as denominadas 'condições da ação', uma análise separada do mérito e dos pressupostos processuais" (RODRIGUES; LAMY, 2018, 1.1.2.4).

Liebman ficou entre aqueles que defendiam que o exercício da ação dependia da existência do direito material e os que entendiam que a ação decorre de um direito de agir totalmente abstrato.

A posição de Liebman no sentido de que o direito de ação não depende da efetiva existência do direito material, adverte João Batista Lopes, possui uma peculiaridade: a ação não consistiria no simples poder de movimentar a máquina judiciária, mas no direito de obter uma sentença de mérito (LOPES, 2009a, p. 39). A ação somente existiria se fosse possível um provimento no caso concreto.

Nesses termos, na teoria elaborada por Liebman a ação consiste no direito a uma sentença de mérito, desde que presentes determinados requisitos denominados "condições da ação." A ausência desses requisitos resultaria na inexistência da própria ação e de um autêntico exercício da jurisdição.

As condições da ação seriam definidas "como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo" (LIEBMAN, 2005, p. 203).

Diante disso parece claro que para Liebman a ação representa o direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, o exercício da jurisdição pelo Estado, resultando assim um relacionamento estreito entre a jurisdição e a atividade jurisdicional que decide o mérito da lide.

Logo, para a teoria eclética a sentença que extingue o processo sem resolução do mérito, porque ausente as condições da ação, não seria um ato praticado no exercício da jurisdição, por não estar decidindo sobre o fato concreto. Mas isso não significa que a ação dependa de uma sentença favorável. Para a existência da ação bastaria uma sentença favorável ou desfavorável ao autor, o que seria alcançado com a presença das condições da ação, a princípio definidas por Liebman como legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimidade e ao interesse.

O exercício da jurisdição, em outras palavras, somente seria possível quando presentes as condições da ação. Por isso que, a exemplo da teoria concreta, uma das principais críticas recebidas pela teoria de Liebman foi a de que restaria inexplicado o

fenômeno processual ocorrido entre a distribuição do pedido e o reconhecimento da carência de ação, quando ausentes as condições da ação.

Procurando explicar e arredar tal crítica, "Liebman elaborou uma construção baseada em duas categorias ou estágios distintos do direito de ação: o primeiro, chamado de direito de ação constitucional, ou direito de demandar, ou direito de petição, refere-se ao direito de ação amplo, totalmente abstrato e incondicionado, previsto pela Constituição Federal; o segundo, chamado de direito de ação processual, vincula-se à situação jurídica de direito material trazida pelo autor e está condicionado à existência das condições da ação" (COSTA, 2005, p. 39).

É verdade que Liebman não confunde a ação com o direito material. Mas ao condicionar a existência do direito de ação à presença da legitimidade e do interesse processual, provocou um profundo debate teórico sobre a natureza jurídica das condições da ação.

1.2 A admissibilidade do processo e da ação

A presença dos pressupostos processuais e das condições da ação é que garantem a admissibilidade (do processo e da ação) a um pronunciamento de mérito.

Antes de proferir uma sentença de mérito (questão de fundo), o juiz deve decidir questões prévias relacionadas a uma série de matérias de natureza preliminar (juízo de admissibilidade). Essas questões, assinala Olavo de Oliveira Neto, estão relacionadas a três diferentes conjuntos: o primeiro atinente a regularidade do exercício do direito de ação, o segundo atinente a regularidade do processo, e, o terceiro, atinente ao preenchimento de certos requisitos específicos do meio processual utilizado (ex: para poder propor ação de busca e apreensão de veículo, a instituição financeira, antes, deve comprovar a mora) (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015, p. 157).

Mas não é simples alcançar o *meritum causae*. O processo exige uma atividade mental ordenada e muitas vezes complexa. A falta de atenção a uma determinada ordem lógica de prejudicialidade (*lato sensu*) pode comprometer o resultado do julgamento.

Observar uma ordem de enfrentamento pode implicar na desnecessidade do exame de uma ou mais matérias. Mas não é só. O exame despreocupado, sem a análise de questões logicamente antecedentes, em situações mais graves pode acarretar inclusive a nulidade do processo.

Neste cenário pode-se afirmar que a atividade jurisdicional se desenvolve de forma sequencial com a observância obrigatória do seguinte trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. Arlete Inês Aurelli bem explica este iter lógico:

O órgão julgador, quando da primeira análise da petição inicial que lhe é submetida à apreciação para recebimento ou, posteriormente, quando profere o julgamento conforme o estado do processo, ou até mesmo no momento de proferir a sentença, percorre um iter lógico, devendo analisar primeiramente se estão presentes os requisitos de existência e validade do processo. Somente se existirem, ou seja, se o processo tiver condições de prosseguir, o juiz passará a análise da existência dos requisitos essenciais para configurar o direito de ação. Somente se estes estiverem presentes é que o juiz passará para o terceiro degrau desse raciocínio lógico, que é analisar o mérito, julgar a lide que lhe foi submetida, decidindo se o autor tem razão ou não (AURELLI, 2006, p. 70).

Mas a ordem de enfrentamento das questões nem sempre é simples, já que “pode o demandado alegar a falta de mais de um pressuposto processual ou de mais de uma condição da ação ou, mesmo, suscitar várias questões de mérito. E às vezes fá-lo simultânea e desordenadamente” (SANTOS, 1996, pp. 97/98).

1.3 As condições da ação

A ação tem previsão no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mas este direito constitucional está sujeito a requisitos para o seu exercício diante do caso concreto. São as condições da ação, previstas na legislação infraconstitucional.

É certo que o acesso à jurisdição é garantido pela Constituição de forma irrestrita, visto que qualquer pretensão, por mais infundada que seja, merece receber uma resposta jurisdicional. Mas este direito de se obter uma sentença sobre o mérito da lide depende da observância dos requisitos de admissibilidade da ação. Ou seja, temos um direito cívico de ação (abstrato e incondicionado) ao lado de um direito processual de ação (condicionado a requisitos para a completa entrega da prestação jurisdicional).

307 Também no direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF/1988.

Sobre a natureza jurídica das condições da ação, considerados os sentidos do direito de ação, leciona Leonardo Greco:

Contudo, o direito de ação, tratado como direito à jurisdição, direito à prestação jurisdicional sobre o direito material, é condicionado. Só tem direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre o direito material aquele cuja postulação preencha certos requisitos, certas condições, as chamadas condições da ação.

Os diversos sentidos em que é utilizado o direito de ação influenciam a reflexão acerca da natureza jurídica das condições da ação. Em realidade, conforme já observamos, os autores que consideram as condições da ação requisitos do legítimo exercício do direito de ação estão se referindo ao conceito de ação como direito cívico, como direito incondicionado pertencente a qualquer cidadão.

Entretanto, o direito à prestação jurisdicional sobre o direito material é um direito que depende do cumprimento de certos requisitos. Assim, considero as condições da ação requisitos da existência do direito de ação como direito à prestação jurisdicional sobre uma pretensão de direito material (GRECO, 2015, 9.3).

As condições da ação emergem da relação de direito material. É por meio das condições da ação que ocorre a vinculação entre o processo e o caso concreto apresentado perante o juiz. Ausente este requisito de admissibilidade o processo será julgado extinto sem resolução de mérito, isto é, sem decisão sobre a crise substancial submetida a julgamento.

Então não basta a presença dos pressupostos processuais para que seja alcançada a solução de mérito. É preciso mais. É necessário que o autor apresente uma pretensão idônea revestida das condições da ação, sem o que a prestação jurisdicional restará incompleta ou não integral.

Portanto, é fácil concluir que as condições da ação devem ser apreciadas preliminarmente, em caráter prejudicial ao exame de mérito da lide estabelecida no processo. É uma fase intermediária entre a propositura válida do processo e o seu provimento final.

Somente após a investigação das questões preliminares (aí incluídos os pressupostos processuais), que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal, o mérito poderá ser decidido. Uma vez ausente as condições da ação o autor será julgado carecedor de ação, fato que impede o juiz de alcançar o julgamento da causa.

As condições da ação têm a função de evitar o prosseguimento de processos inúteis, desarrazoados e em última análise lesivos à paz social. Assim evita-se o desperdício de tempo e recursos de uma atividade jurisdicional sem resultado. Pelo filtro das condições da ação impede-se que a parte *ex adversa* seja submetida a um processo que lhe suprima ou reduza direitos, causando até mesmo prejuízos irreparáveis. Além do que, atende-se à necessidade da duração razoável do processo, princípio de direito fundamental previsto no rol do art. 5º da CF/1988.

Não obstante as polêmicas que cercam a teoria das condições da ação, bem como as opções do atual Código de Processo Civil, não se pode negar a sua importância diante da distinção entre as sentenças terminativas e definitivas, ou seja, entre aquelas que põem fim ao processo sem ou com resolução de mérito.

As expressões “condições da ação” e “carência de ação” foram abandonadas pelo legislador do CPC/2015. Nos estudos do processo civil as condições da ação sempre foram o interesse processual, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido. Esta última deixou de ser uma categoria autônoma e passou, para alguns, a integrar o interesse de agir, exatamente como concluiu Liebman com o amadurecimento dos seus estudos. Para outros, a possibilidade jurídica passou a fazer parte do exame de mérito.

O interesse e a legitimidade seguem recebendo tratamento processual diverso do mérito, pelo menos na fase inaugural do processo para os que adotam a teoria da asserção. Tanto é que a ausência destas condições figuram entre as hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC/2015).

Desse modo, continuam os requisitos do interesse de agir e da legitimidade *ad causam* sujeitando a integral prestação jurisdicional, conforme preceitua o art. 17 do CPC/2015. Ausente o interesse e/ou a legitimidade (pois devem figurar concomitantemente) o processo deverá ser extinto prematuramente sem resolução de mérito. Será o caso de carência de ação como se diz na doutrina.

2.A SUBSISTÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CPC/2015 COMO PRESSUPOSTO DO EXAME DE VALIDADE DA TEORIA DA ASSERÇÃO

Não se pode confundir o direito de acesso ao judiciário (direito constitucional de ação) com o direito de ação processual. O direito de petição de modo genérico garante a defesa de direitos dos cidadãos. Já, toda vez que apresentamos uma pretensão por meio do processo ocorre o exercício do direito de petição, espécie ação, consistente no direito de obter a prestação jurisdicional. Melhor ainda nas palavras de Arruda Alvim sobre os dois tipos de ação: "a) uma de cunho eminentemente originário do direito constitucional: é o direito de petição (art. 153, § 4., da Constituição); b) outra - que é a processual - estudada no processo, mas que nasce do próprio direito de petição" (ALVIM, 1975, p. 315).

Arlete Inês Aurelli, além de concordar com Arruda Alvim, acrescenta que o direito constitucional de ação, diferentemente da ação processual, não está sujeito a qualquer condição restritiva:

Portanto, concordamos com a opinião de Arruda Alvim, no sentido de que existem dois tipos de ação: a ação constitucional, de natureza genérica e especificada no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, e a ação processual, que embora seja decorrente da ação constitucional, com ela não se confunde, sendo regulada no processo.

Veja-se que, ao se deparar com o direito constitucional de ação, ou seja, o direito que é assegurado a todo e qualquer cidadão de levar ao Poder Judiciário um conflito de interesses para ser resolvido, verifica-se que este não é incondicional e ilimitado. Portanto, jamais poderia depender, para seu implemento, de requisitos como as condições da ação. Assim, parece lógico que somente o direito processual de ação é que sofrerá a limitação imposta pela necessidade de implemento das condições da ação (AURELLI, 2006, pp. 107/108).

Direito de ação e ação, pois, são conceitos distintos: "Aquele é abstrato, flutua nos altos páramos do Direito Constitucional sem amarras nem condições, como inespecífico 'direito de todos', especialização do direito de petição. Esta, a 'ação', é necessariamente concreta, veiculadora de uma determinada pretensão ou 'razão', inconcebível sem o liame com determinada relação jurídico-material afirmada" (FABRÍCIO, 2011, 14).

O que diferencia o direito de ação processual do direito de petição, este entendido como um amplo direito de movimentar a máquina judiciária, são as condições da ação. Estas referem-se tão somente à ação exercida, nada tendo haver com o direito público subjetivo de ação que sempre vai existir independentemente da presença de tais condições.

As condições da ação são requisitos exigidos pelo legislador processual, com observância dos princípios constitucionais, sem os quais a prestação jurisdicional não se completa com a sentença de mérito. A constitucionalidade das condições da ação, ou mesmo a sua necessidade “como filtro para evitar pretensões ilegítimas e absurdas” (ABELHA, 2016, 5.3), foi destacada por José Roberto dos Santos Bedaque:

Admitir as condições da ação não implica aceitar limitações à garantia constitucional, que é incondicionada. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento sobre a constitucionalidade das condições da ação (RE 631.240-MG, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 10.11.2014), exigências feitas pela técnica processual para tornar possível o julgamento do mérito. Sem elas o processo será inútil, pois, por problemas relacionados ao próprio direito material deduzido, a solução pleiteada revela-se inadmissível de plano (BEDAQUE, 2016, art. 485).

Em conjunto com os pressupostos processuais, as condições da ação constituem os pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional. Sem estes requisitos não se pode decidir sobre a crise de direito material.

No dizer de José Roberto dos Santos Bedaque, “os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito constituem exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando a possibilitar que o processo seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica ou, em outras palavras, que ele represente método equo e justo de solução de controvérsias” (BEDAQUE, 2016, art. 488).

Antes de se saber quem está com a razão, se ocorre ou não violação a direito, é preciso verificar se preexistem os pressupostos processuais e as condições da ação, requisitos mínimos para o prosseguimento da demanda sem os quais o processo deve ser extinto sem resolução do mérito. Tais exigências integram a ampla categoria das

condições de admissibilidade do julgamento do mérito ou pressupostos genéricos de admissibilidade do julgamento do mérito como prefere Tereza Arruda Alvim.³⁰⁸

Essa divisão, contudo, não é comum na doutrina estrangeira:

No processo de conhecimento pode-se falar em requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, que no Brasil são classificados em duas categorias: os pressupostos processuais e as condições da ação. Essa divisão, como já visto, não é usual na doutrina alienígena, conforme se pode verificar do tratamento dado à matéria pelos alemães e italianos, por exemplo (BEDAQUE, 2007, p. 176).

Por aqui Cândido Rangel Dinamarco, em consagrada obra, desenvolveu um capítulo inteiro dedicado aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, fazendo distinção entre os pressupostos processuais e as condições da ação:

Como em todo processo, os pressupostos para o provimento sobre o mérito, que no processo ou fase de conhecimento é um 'julgamento', incluem requisitos relacionados com o hipotético direito a obtê-lo (condições da ação), com a iniciativa de parte (demanda), com a capacidade e personalidade dos litigantes, com a regularidade de todo o processo e do procedimento etc. Todos eles situam-se no patamar das 'preliminares' ao julgamento do mérito e a ausência de um deles, um só que seja, impede que este seja proferido. Impede-o determinando a extinção do processo ou impede-o retardando esse julgamento mediante a exigência de providências corretivas. Seguindo uma linha metodológica tradicional no direito brasileiro, o Código de Processo Civil agrupa os pressupostos de admissibilidade em quatro grandes categorias, que são (a) os 'pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo', (b) as 'condições da ação', (c) os 'requisitos de regularidade' do processo mesmo,

³⁰⁸ "Em meu entender, nulidades absolutas no processo estão ligadas aos 'pressupostos genéricos de admissibilidade do julgamento do mérito.' Esta categoria genérica abrange, no direito brasileiro, pressupostos processuais (positivos e negativos) e condições da ação. Havendo defeitos ligados a este plano, não poderá ser apreciado o mérito" (ALVIM, 2018).

em sua concreta realização e (d) a inexistência de certas circunstâncias externas, qualificadas como 'pressupostos negativos' (litispêndência, coisa julgada etc.) (DINAMARCO, 2017a, p. 150).

Aliás, a doutrina é quase unânime em fazer a distinção entre esses "elementos básicos e centrais da ordem pública processual" (APRIGLIANO, 2011, p. 75), pois tecnicamente são inconfundíveis conforme destaca Donaldo Armelin:

Condições de admissibilidade da ação e pressupostos processuais constituem sempre matéria preliminar ao exame de mérito. Integram aquela esfera do que concerne à admissibilidade do pedido, que, como acentua Sauer, corresponde à matéria genérica que antecede este no plano processual. Todavia embora inseridos todos no plano da admissibilidade, condições de admissibilidade da ação e pressupostos processuais não se confundem, dizendo as primeiras respeito ao exercício regular da ação, considerada como um direito a um pronunciamento do mérito ou como direito a uma decisão favorável, e os segundos à estrutura da relação processual gerada pelo exercício daquele direito. A ação, como direito totalmente abstrato, só depende da vontade do autor para seu exercício. Enquanto as condições da ação concernem à pertinência e validade do exercício daquele direito, os pressupostos processuais atinam aos sujeitos do processo, tais como o aspecto formal da inicial, a citação e outros requisitos gerais ou especiais atinentes à relação jurídico-processual. Assim, sob esse prisma de pertinência, são aquelas e estes suficientemente diversos e inconfundíveis (ARMELIN, 1979, p. 41).

A verdade é que, mesmo sendo requisitos necessários a um provimento de mérito, os pressupostos processuais e as condições da ação, por pertencerem a institutos diversos da teoria geral do processo, não podem merecer o mesmo tratamento sob pena de confusão entre os fenômenos da ação e do processo.

O fato de não haverem os termos "condições da ação" e "carência de ação" figurado no atual ordenamento processual, por si só, não leva à conclusão de que a legitimidade *ad causam* e o interesse processual possam ser tratados como pressupostos processuais.

Até porque, é inegável a distinção feita pelo art. 485, do CPC/2015, ao tratar das hipóteses em que o juiz não resolverá o mérito: a) quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (inc. IV); b) quando verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (inc. VI).

Também, não se pode desconsiderar o argumento de que a legitimidade e o interesse de agir, por exigirem a análise da relação jurídica de direito substancial controvertida, dificilmente poderão ser encaixados no conceito clássico de pressupostos processuais, ainda que alguns pressupostos processuais possam apresentar vínculo com a pretensão, como é o caso da competência, pois a sua análise sempre vai ocorrer fora da perspectiva ligada à lide.

Deve ainda ser lembrado que o interesse e a legitimidade são tratados no art. 17, do Título Da Jurisdição e da Ação, do Livro Da Função Jurisdicional, do CPC/2015, a exemplo do estatuto revogado³⁰⁹, o que leva a crer ter o código reservado a estes requisitos o mesmo tratamento dispensado pelo CPC/1973.

Por tudo isso, conclui-se inicialmente que não procedem as posições doutrinárias que não reconhecem a presença e a distinção das condições da ação dos pressupostos processuais, como pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.

Agora é preciso saber se as condições da ação continuam a subsistir como categoria jurídica autônoma no atual ordenamento processual civil.

A *vexata quaestio* merece pronta resposta: as condições da ação foram mantidas como instrumento autônomo resultante de uma “construção teórica historicamente marcante no direito positivo brasileiro” (ALVIM, 2019, 4.2.2).

O vigente Código de Processo Civil não fala mais nas condições da ação, como falava o CPC/1973 ao elencar as hipóteses (art. 267, inc. VI) de extinção do processo sem resolução de mérito. Mas isso não quer dizer que a categoria tenha sido “banida do processo civil brasileiro ou de sua ciência” como esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

Com ou sem uma especificação na lei, ao estudioso do processo é imperioso fazer esse enquadramento sistemático, dado que a categoria das “condições da ação” se insere a fundo no quadro dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e

³⁰⁹ Que também tratava sob o Título Da Jurisdição e da Ação o interesse e a legitimidade (art. 3.º).

a própria lei continua destinando à legitimidade e ao interesse uma disciplina comum. Essa é uma postura inerente à cultura processualística brasileira desde há muitas décadas, herdada de Chiovenda e cultivada por todos neste país. Suprimir no plano conceitual e científico a categoria das condições da ação significaria prestar meia adesão à orientação seguida pela doutrina alemã, sem adequar a esta toda a disciplina dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito (DINAMARCO, 2017b, pp. 353/354).

Na realidade, pode-se dizer que, exceto pela ausência das expressões “condições da ação” e “carência de ação”, o CPC/2015 “traz quase nada de novidade a respeito do assunto” (BUENO, 2018, cap. 4, 3.2). Mesmo o abandono da possibilidade jurídica, longe de afastar o código atual da doutrina de Liebman, acabou por confirmar a adoção da teoria eclética da ação pelo legislador, sabido que na 3ª edição do seu *Manuale* o mestre milanês passou a integrar o terceiro requisito da ação no interesse processual.

O raciocínio ganha força diante da redação do art. 485, inc. VI, do CPC/2015, “que corresponde em tudo e por tudo, inclusive na sua ‘textualidade’, ao inciso VI do art. 267 do CPC de 1973” (BUENO, 2018, cap. 4, 3.2).

Além do que, por ter o código se valido “das subcategorias ‘legitimidade’ e ‘interesse de agir’, mantendo ademais a mesma estrutura e dinâmica destes institutos,” parece incontestável que “o próprio conceito e a classificação da legitimidade e do interesse permanecem os mesmos no sistema atual”(MONNERAT, 2019, 8.6).

Até pode ser que do ponto de vista prático não se veja “maior relevância em distinguir os ‘pressupostos processuais’ das ‘condições da ação’, chamando-os todos de ‘pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional.’” Mas tal “não significa dizer que o CPC/2015 aboliu as condições da ação. A aceitação (ou não) da autonomia dessa categoria é eminentemente uma questão de teoria jurídica” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, 10.3).

Mas ainda que haja uma tendência, advinda da doutrina alemã, de enquadramento das condições da ação e dos pressupostos processuais numa única categoria, “é preciso examinar esta concepção de forma mais ampla. Isto porque a doutrina alemã mais moderna, de um modo geral, não faz qualquer alusão à ação como instituto fundamental autônomo do direito processual.” Nessa situação, “se a ação não é tratada como um instituto autônomo, mas como mero pressuposto de existência do

processo, então não haveria mesmo qualquer razão para distinguir-se as ‘condições da ação’ dos pressupostos processuais de validade” (CÂMARA, 2011).

Nesta quadra, mesmo sabendo-se que o tema há tempos vem sendo objeto de veemente debate na doutrina, acredita-se ter sido demonstrada a escolha metodológica adotada pelo CPC/2015, que optou por manter a concepção sustentada por Liebman.

3.O MÉTODO DA ASSERÇÃO E A DOCTRINA DE ENRICO TULLIO LIEBMAN

Inicialmente é preciso dizer que a teoria eclética de Liebman e a teoria da asserção não se excluem.

A teoria da asserção, por versar sobre as condições da ação não deixa de ser eclética, somente dela se distanciando pelo momento e método de aferição dos requisitos de admissibilidade da ação, posto que pela teoria *della prospettazione*, diferentemente da teoria de Liebman, o processo poderá ser extinto com ou sem resolução do mérito tudo a depender do grau de cognição das condições da ação.

Na doutrina é grande a divergência quanto ao pensamento de Liebman sobre o momento de aferição das condições da ação: se no plano hipotético (*in statu assertionis*) ou após a realização da instrução.

Diz Cândido Rangel Dinamarco não lhe constar “que haja Liebman manifestado por escrito qualquer opinião a favor ou contra essa teoria” – a da asserção, dando o seu depoimento “de haver ouvido dele próprio uma palavra de repúdio a ela, dizendo que é inerente às teorias concretas da ação, francamente repudiadas na doutrina moderna” (DINAMARCO, 2011, 9).

Em sentido contrário é Machado Guimarães, ao afirmar ter Liebman aderido expressamente à teoria da asserção:

O Prof. LIEBMAN, em memorável conferência pronunciada em 29 de setembro de 1949, a cujas notas taquigráficas temos recorrido mais de uma vez, ensina que “todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nessa base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação

do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito” (GUIMARÃES, 1969, pp. 102/103).

Fato é que, embora da leitura do seu *Manuale di diritto processuale civile* possa ser intuído que Liebman adotava a teoria *della prospettazione*³¹⁰, não se sabe ao certo se ele coadunava ou não com o método da asserção, especialmente por não ter se manifestado expressamente sobre a sua adesão.

4.A TEORIA DA ASSERÇÃO

A partir do CPC/1973 a doutrina passou a questionar os limites entre o exame das condições da ação e o mérito.

Para a teoria eclética da ação a análise das condições da ação acontece à vista do caso concreto, pouco importando a necessidade de se recorrer ou não a elementos probatórios. Para Liebman nem tudo que resulta da atividade probatória pertence ao mérito, pois para ele as condições da ação, mesmo exigindo a produção de prova, não perdem a sua natureza. Não obstante a necessidade de instrução do feito para que seja possível analisar a carência de ação, segundo o professor, ainda assim não terá havido qualquer pronunciamento de mérito, restando intocada a relação jurídica material.

Para a teoria da asserção, as condições da ação devem ser aferidas diante da hipótese afirmada pelo autor na petição inicial, em juízo prelibatório. Sempre que haja a necessidade de uma análise aprofundada dessas alegações (baseada na contestação

310 No mesmo sentido Rodrigo Klippel: “Ao manusearmos a obra, o que podemos perceber é que, longe de se manifestar contrário aos postulados da análise in status assertionis, o mestre de Milão abre espaço para esse entendimento. Comentando sobre o interesse de agir, diz que ‘seria, de fato, inútil examinar a demanda para conceder (ou negar) o provimento requerido, na hipótese em que na situação de fato que vem narrada não se vislumbra hipoteticamente uma lesão ao direito ou interesse que se alega ter em face da outra parte’ (tradução livre). Fala LIEBMAN que faltaria interesse se pela situação de fato que vem afirmada não se puder hipoteticamente concluir pela lesão a direito ou interesse. Mais à frente, conclui que o interesse se verifica pela relação entre a situação antijurídica ‘denunciada’, ou seja, afirmada e o pedido que se faz para remediá-la mediante a aplicação do direito. Comentando agora sobre a legitimidade - e ligando-a ao requisito do interesse, acrescenta que ‘já se disse que o interesse de agir é dirigido a remover a lesão a um interesse substancial que se alega protegido pelo direito; esse (o interesse substancial) pode ser defendido somente por aquele que se afirma titular do interesse substancial do qual pede a tutela em juízo’ (tradução livre). Pontua, portanto, que só pode existir interesse para aquele que se “afirma” titular do direito” (KLIPPEL, 2005, pp. 77/78).

ou nas provas produzidas), terá havido incursão sobre o mérito da causa³¹¹. Noutras palavras, não será sentença terminativa a sentença prolatada à luz dos elementos trazidos na inicial, na contestação e nas provas produzidas, pois verdadeiramente trata-se de uma decisão de mérito. O método representa uma concepção doutrinária que veio amenizar problemas práticos: as dificuldades que normalmente se apresentam na separação das “antigamente chamadas ‘condições da ação’ do mérito da causa” (DIDIER JR., 2016, 2).

A teoria *della prospettazione* propugna o exame das condições da ação no plano da asserção do autor, a partir, e tão somente, segundo as suas afirmações. Não se trata de um juízo de cognição sumária que permite reexame após a cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação, para a teoria, ocorre exclusivamente no juízo de admissibilidade, tudo o mais será considerado decisão de mérito (DIDIER JR., 2016, 2).

Ao aplicar a teoria da asserção, ensina Alexandre Freitas Câmara, “deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação” (CÂMARA, 2014, p. 154). Conforme João Batista Lopes: ao magistrado incumbe “examinar as condições da ação no plano meramente hipotético, como se respondesse à pergunta: ‘admitindo-se, por hipótese, a veracidade das alegações da inicial, elas se referem às partes, ou não?’” (LOPES, 2009b). “O que importa é a afirmação do autor e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, 3.10).

Mas na visão de Leonardo Greco a teoria da asserção comporta temperamento, pois não se pode outorgar ao autor o direito à jurisdição por fatos completamente desprendidos da realidade, resultantes simplesmente da sua palavra. É o defeito que tem sido chamado de autolegitimação, critica o autor:

tal faculdade favorece o abuso do direito de demandar, o espírito de aventura, ou seja, a instauração das chamadas lides temerárias, porque aquele que tem um inimigo pode afirmar-se titular de um direito contra ele apenas com o intuito de prejudicá-lo, de molestá-lo no pleno gozo dos seus direitos.

311 Nesse cenário, não é demais dizer que a ausência das condições da ação julgadas por meio de um aprofundamento investigatório levará à improcedência do pedido, mas, ao contrário, se forem verificadas, nem sempre haverá a procedência do pedido.

Esse problema ganha ainda mais relevo na sociedade moderna, que, a despeito da importância conferida aos direitos humanos, é marcada pela exacerbação das relações de força, das relações de dominação e poder.

Então, esse é um problema real gerado pela adoção da teoria da asserção, na medida em que é extremamente liberal e facilitadora do ingresso em juízo, mesmo para o litigante temerário ou desonesto. Para ter direito à prestação jurisdicional, basta que o autor se afirme titular de um direito. Daí se sustentar que a teoria da asserção escancara as portas da justiça (GRECO, 2015, 9.4).

Para Leonardo Greco, a fim de evitar-se a autolegitimação, não haveria a necessidade da criação de uma nova condição da ação. Bastaria que o autor apresentasse uma hipótese consistente, a evidenciar a legitimidade e o interesse em recorrer à jurisdição. “Essa necessidade pressupõe uma hipótese verossímil, viável e minimamente fundada em fatos e provas” (GRECO, 2015, 9.4).

De qualquer modo, a visão do fenômeno das condições da ação sob o enfoque assertista “amplia a possibilidade de o processo cognitivo terminar com sentença de mérito, afastando o grande número de falsas extinções por carência, que tantos problemas têm causado ao sistema” (BEDAQUE, 2007, p. 254).

5.A VALIDADE DA TEORIA DA ASSERÇÃO NO CPC/2015

Antes de tudo é preciso dizer que a verificação das condições da ação *in statu assertionis* é propriamente um método investigativo e não uma nova teoria. Não se trata, salienta-se, de uma reformulação de antigos conceitos e velhos princípios. A metodologia assertista é apenas uma técnica para se perscrutar a existência das condições da ação. O não emprego desse método ou técnica importará na confusão entre as condições da ação e o mérito, até porque com o aprofundamento da cognição os institutos tornam-se ontologicamente idênticos. “A teoria da asserção ou *prospettazione* foi concebida para que se pudesse distinguir as condições da ação do mérito, minimizando as críticas desferidas contra a teoria eclética de Liebman” (CUNHA, 2011).

A principal característica da teoria da asserção (expressão consagrada na doutrina) é “a limitação cognitiva às afirmações trazidas pelo autor na petição inicial que, tomadas hipoteticamente por verdade, são utilizadas pelo magistrado para, uma vez comparadas ao esquema abstrato previsto na lei, admitir uma mínima vinculação e razoabilidade da ação à luz do direito material” (KLIPPEL, 2005, p. 114).

Com a adoção pelo nosso sistema processual (tanto o CPC/1973 como o CPC/2015) da concepção da ação como um direito abstrato (ainda que sujeita a requisitos), não é razoável sustentar que as condições da ação dependam para a sua verificação da análise da relação jurídico-substancial (assim pensavam os concretista³¹²). A teoria da asserção é o único método que permite a aferição das condições da ação sem violar o postulado abstratista da teoria eclética de Liebman³¹³.

Por isso não se está a negar a teoria eclética da ação, abraçada pela legislação processual brasileira. Muito pelo contrário, com a adoção da técnica da asserção busca-se o seu aperfeiçoamento.

Isso porque é indubitável a diferença ontológica entre as condições da ação e as questões de mérito, pois são fenômenos completamente distintos. As condições da ação são encontradas na petição inicial (mediante o exame sumário do interesse juridicamente protegido), enquanto o mérito somente é encontrado após o exame exauriente do direito material controvertido. Embora o assunto não seja obviamente tão simples, especialmente quando envolve questão de direito, como bem adverte José Roberto dos Santos Bedaque³¹⁴, as condições da ação e o mérito são categorias processuais que produzem efeitos drasticamente diversos, daí advindo a necessidade de um método que estabeleça apropriadamente as suas divisas.

A teoria eclética é manifestamente instrumentalista. Liebman, comenta Cândido Rangel Dinamarco, associa a ação ao benefício que ela pode trazer a determinada pessoa. “Os laços dessa estreita instrumentalidade são as condições da ação” (DINAMARCO, 2002, p. 389).

Nesse sentido, sob o aspecto instrumental, a verificação da ação em estado de asserção evita o grave problema do concretismo (o prologamento desnecessário da causa), abreviando o processo no seu exame *prima facie*. “Essa, a propósito, é a circunstância essencial para que o provimento seja terminativo: sua prolação ocorre sem que seja examinada a relação jurídica descrita pelo autor na inicial e sobre a qual se referem a causa de pedir e o pedido” (SILVA, 2019, 2.3.2).

312 “Foi entre os alemães que surgiram as teorias concretistas, todas elas ligando a existência da ação à do direito subjetivo (Von Bülow, Adolf Wach e outros)” (DINAMARCO, 2009, p. 329).

313 Por sinal, André Zulmar vê a teoria della prospettazione como “variação importante da teoria de Liebman” (DUARTE, 2018, 1).

314 Em sua obra Efetividade do Processo e Técnica Processual (BEDAQUE, 2007, p. 261).

Verdade seja dita, essa é a função pragmática das condições da ação, que se conforma em tudo com o princípio da primazia do mérito consagrado no CPC/2015³¹⁵.

Cumpra enfatizar que a Constituição, além de garantir ao demandante o acesso à jurisdição, assegura também ao demandado a eficácia concreta do seu direito contra lides temerárias e o abuso do direito de demandar. Por força do princípio constitucional da efetividade do processo, é necessário fazer com que as condições da ação cumpram a sua autêntica função: entregar desde logo ao demandado o direito de não ser submetido a processo injusto. Paralelamente, o método da asserção atende também na sua plenitude o decantado princípio da duração razoável do processo.

Em suma, a teoria da asserção é a importante consagração de norma fundamental do processo, o art. 4º do CPC/2015, na medida em que assegura ao processo civil a aplicação dos princípios da duração razoável do processo, da preferência pela solução integral do mérito e da efetividade do processo.

Por outra vertente, os dispositivos do CPC/2015, definitivamente, não são incompatíveis com o método da asserção. Diz-se isso com segurança, porquanto em nenhum momento o estatuto processual vigente dá a entender que a legitimidade e o interesse processual não possam povoar o objeto material do processo (em caso de cognição profunda), salvo nos arts. 337, inc. XI e 485, inc. VI.

Mas referidos preceitos, numa interpretação conforme às normas fundamentais do processo (acima citadas), não chegam a impressionar. Quando o art. 485, inc. VI, determina que o juiz não resolverá o mérito quando verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual, não está a dizer, pensando bem, que o juiz não poderá extinguir o processo, com resolução de mérito, quando estiver diante das condições da ação numa análise medular fulcrada na exordial, na contestação e nas eventuais provas produzidas no processo. O mesmo raciocínio vale para o art. 337, inc. XI.

Nesse contexto não deve impressionar, também, o momento (fase do processo) da aplicação da técnica da asserção: na hipótese do art. 337, inc. XI, por ocasião da contestação; na hipótese do art. 485, inc. VI, por ocasião da sentença. Por um motivo simples. A metodologia assertista não estabelece um limite temporal para a análise das condições de ação em estado de asserção. Lógico que a ideia é que o controle de

315 No mesmo sentido Zulmar Duarte: "Aliás, essa impositiva das condições da ação, consentida pela teoria da asserção, vai ao encontro da preponderância pelo mérito estabelecida pelo Código, pelo que há de se preferir a sentença com resolução de mérito em detrimento do provimento meramente terminativo (arts. 4º, 6º, 139, IX, 317, 321, 352, 932, parágrafo único, 938, § 1.0, 1.007, 1.013, 1.029, § 3º, 1.032 e 1.033)" (OLIVEIRA JR., 2015, 8).

admissibilidade aconteça de pronto, com o recebimento da inicial. Mas tal nem sempre acontece.

Imagine-se que no juízo de prelibação, por falta de atenção ou mesmo de tempo, o juiz não tenha constatado a ilegitimidade do autor para propor a ação. Mas com a apresentação da resposta, já com mais calma e tempo, o juiz verifica a partir das asserções do autor que ele não é parte legítima. Nessa situação, é indubitável que o juiz poderá extinguir o processo sem resolução de mérito, mesmo após a apresentação da resposta. É que na hipótese não terá havido o aprofundamento da cognição, até porque a ilegitimidade estará sendo reconhecida exclusivamente à vista das afirmações da petição inicial. Note-se bem: para a teoria da asserção não importa o momento da análise das condições da ação; o que importa mesmo é que as condições da ação sejam aferidas diante das considerações afirmadas pelo autor na petição inicial, em qualquer fase do processo.

Em remate, ainda que muito mais possa ser trazido em prol da teoria da asserção, termina-se chamando a atenção para a redação do art. 330, incs. II e III, do CPC/2015, que por tudo cabe perfeitamente na técnica assertista, ao decretar que a petição inicial será indeferida (por certo diante da asserção do autor) quando a parte for manifestamente ilegítima ou o autor carecer de interesse processual.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Ninguém pode afirmar categoricamente que a teoria eclética da ação, adotada pelo CPC/2015, é mesmo refratária à teoria da asserção, sabido que é francamente duvidosa a posição de Liebman sobre o assunto. Mesmo que o processualista italiano não tenha reconhecido expressamente a validade da técnica, ainda assim, numa interpretação conforme às normas fundamentais do processo, não se verifica conflito algum entre a metodologia assertista e os preceitos do CPC/2015.

Somente pelo método da asserção, em que o exame das condições da ação acontece *in statu assertionis*, será possível identificar as condições da ação sem que haja confusão entre o juízo de admissibilidade e o mérito da ação.

Salve a teoria *della prospettazione!*

REFERÊNCIAS

ABELHA, M. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016. livre eletrônico.

ALVIM, A. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 1975. I.

- ALVIM, A. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. São Paulo: RT, 2019. livreletrônico.
- ALVIM, T. A. Nulidades processuais - No direito em vigor, no direito projetado e na obra de Galeno Lacerda. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). **Doutrinas essenciais - novo processo civil**. São Paulo: RT, 2018. v. 2. livreletrônico.
- APRIGLIANO, R. de C. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARMELIN, D. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.
- AURELLI, A. I. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBI, C. A. **Comentários ao código de processo civil**: Arts. 1º a 153. 13º. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2008. I.
- BEDAQUE, J. R. dos S. Da sentença e da coisa julgada. In: WAMBIER, T. A. A. *et al.* (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2016. livreletrônico.
- BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva/Jur, 2018. v. 1. livreletrônico.
- BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2019. livreletrônico.
- CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. 25º. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.
- CÂMARA, A. F. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. In: ALVIM, T. A. (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011. v. 197.
- COSTA, A. de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. I.
- COSTA, S. H. da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CUNHA, L. C. da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011. v. 198.
- DIDIER JR., F. [Comentários ao artigo 17]. In: CABRAL, A. do P.; CRAMER, R. (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2º. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016. DINAMARCO, C. R. **Execução civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. II.
DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2017a. III.
DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2017b. II.

DINAMARCO, C. R. Liebman e a cultura processual brasileira. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. São Paulo: RT, 2011. v. 6. livreletrônico.

DUARTE, Z. [Comentários ao artigo 17]. In: GAJARDONI, F. da F. *et al.* (coord.). **Teoria geral do processo**: comentários ao cpc de 2015: parte geral. São Paulo: Gen/Método, 2018. v. 1. livreletrônico.

FABRÍCIO, A. F. Extinção do processo e mérito da causa. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. São Paulo: RT, 2011. v. 6. livreletrônico.

FERREIRA, W. S. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000.

GRECO, L. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015. I. livreletrônico.

GRINOVER, A. P. O direito de ação. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. São Paulo: RT, 2011. v. 2. livreletrônico.

GUIMARÃES, L. M. **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

KLIPPEL, R. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005.

LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**: Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3º. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. I.

LOPES, J. B. **Ação declaratória**. 6º. ed. São Paulo: RT, 2009a.

LOPES, J. B. Sentença. Nulidade. Condições da ação. Cessão da posição contratual. In: TRIBUNAIS, R. dos (ed.). **Revista do Tribunais**. São Paulo: RT, 2009b. v. 887.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: RT, 2016. I. livreletrônico.

MEDINA, P. R. de G. **Teoria geral do processo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

MONNERAT, F. V. da F. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2019. livreletrônico.

OLIVEIRA JR., Z. D. de. [Comentários ao artigo 485]. In: GAJARDONI, F. da F. *et al.* (ed.). **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença - comentários ao CPC 2015**. 2º. ed. São Paulo: Gen/Método, 2015. v. 2.

OLIVEIRA NETO, O. de; MEDEIROS NETO, E. M. de; OLIVEIRA, P. E. C. de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. São Paulo: Verbatim, 2015. v. 1.

PINHO, H. D. B. de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. livro eletrônico.

RODRIGUES, H. W.; LAMY, E. de A. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. livro eletrônico.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. SANTOS, N. A. M. dos. **A técnica de elaboração da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001.v. 1.

SILVA, R. A. da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2019. livro eletrônico.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2016. v. 1. livro eletrônico.

IMPORTÂNCIA DO RESPEITO AOS ANIMAIS POR MEIO DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE

MIKAELLY DE PAULA DA SILVA: bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

CRISTIANE MONTEFELTRO FRAGA PIRES

(orientadora)

RESUMO: Por muito tempo as pessoas acreditavam que o sentimento dos animais não existia ou era irrelevante, e muitas atrocidades eram cometidas com os animais de modo intencional, ou por ignorância dos seres humanos. Com o avanço das especializações do direito, os animais ganharam uma pauta própria, e o direito dos animais tem sido cada vez mais popularizado abrangendo o cenário e dando mais espaços para discussões sobre os seus direitos. O objetivo geral da pesquisa consiste em investigar o direito dos animais no Brasil frente as mudanças das leis e da sociedade. A metodologia utilizada neste estudo foi a pesquisa documental, onde pretendeu-se através da análise de legislações e materiais bibliográficos, extrair informações e dados relevantes sobre o tema do direito dos animais, a fim de fomentar discussões pertinentes no âmbito jurídico. Conclui-se que sustentar a ideia de que os animais não são coisas e sim seres sencientes, lhes trazem a segurança de que os direitos fundamentais como a vida e a dignidade pode ser garantido e inibir atos de violência e maus-tratos.

Palavras-chaves: Animais não humanos. Bem-estar animal. Direito dos animais. Seres sencientes.

ABSTRACT: For a long time, people believed that animal feelings did not exist or were irrelevant, and many atrocities were committed with animals intentionally, or out of ignorance of human beings. With the advancement of legal specializations, animals gained their own agenda, and animal rights have been increasingly popularized, covering the scenario and giving more space for discussions about their rights. The general objective of the research is to investigate the rights of animals in Brazil in the face of changes in laws and society. The methodology used in this study was documental research, where it was intended, through the analysis of legislation and bibliographic materials, to extract relevant information and data on the subject of animal rights, in order to promote relevant discussions in the legal sphere. It is concluded that sustaining the idea that animals are not things but sentient beings brings them the security that fundamental rights such as life and dignity can be guaranteed and inhibit acts of violence and mistreatment.

Keywords: Non-human animals. Animal welfare. Animal law. Sentient beings.

1. INTRODUÇÃO

Os animais, são seres vivos que passam boa parte da vida em interação com os seres humanos, e, por isso, adquirem uma personalidade diferenciada, frente a sociedade. Sejam domesticados ou não, para muitas pessoas os animais são parte importante da vida, e são entes que podem refletir sentimentos e sensibilidades em situações do cotidiano, nos quais podem correr risco de vida, adquirir doenças, entre outras situações.

A visão de que os animais são entes que podem sentir algo, vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade. O direito dos animais é compreendido como um ramo do direito ambiental e vem surgindo como uma área de estudo que reconhece o valor individual da vida e dignidade animal nos mais diversos meios como exploração econômica, cultural e uso doméstico. Deste modo não se pode conceber atos degradantes aos animais nem tampouco a sua dignidade.

Nesse caso, o bem-estar dos animais deve ser zelado pelos seus proprietários e por toda a sociedade. Para Lazarin e Mazzucatto (2017) julga-se que uma boa definição do conceito de bem-estar animal (BEA) é, aquele que considera as necessidades, adaptações, controles, liberdades, sentimentos, sofrimento, dor, ansiedade, medo, estresse e saúde dos animais além de enxergá-los somente como um elemento no processo produtivo.

Assim, um animal com bem-estar, é aquele que se encontra saudável, seguro, em conforto, bem nutrido e capaz de expressar comportamentos naturais. De acordo com o Código Civil brasileiro, a propriedade de animais não humanos passa por um filtro óbvio: os animais não humanos são coisas especiais, pois são seres dotados de sensibilidade e passíveis de sofrimento e dor. É por isso que o direito de propriedade sobre os animais, não pode ser exercido de maneira idêntica àquele que se exerce sobre as coisas inanimadas ou não dotadas de sensibilidade (BRASIL, 2002).

Nessa perspectiva, considera-se relevantes os estudos que envolvem o direito dos animais, visto que este é um tema que a sociedade necessita conhecer as perspectivas desses direitos mais a fundo, não só para garantir o bem-estar dos animais que estão sob sua tutela, como também aqueles que fazem parte do seu cotidiano, a fim de não infringir as leis, e manter o equilíbrio entre animais humanos e não humanos.

Mediante a essas questões, este estudo visa questionar: Quais as perspectivas que envolvem o direito dos animais no Brasil? Para responder a este questionamento, o intuito geral da pesquisa consiste em analisar o direito dos animais no Brasil de acordo

com as mudança das leis e da sociedade. Os objetivos específicos concentram-se em caracterizar o bem estar animal, analisar as perspectivas conceituais do direito dos animais, e, verificar os avanços jurídicos em relação a esses direitos.

2. O BEM-ESTAR ANIMAL

O bem-estar animal é definido como o estado físico e psicológico de um indivíduo em relação as suas tentativas de se adaptar ao meio em que vive (Broom DM, Johnson KG. *Stress and Animal Welfare*, Dordrecht (The Netherlands), Kluwer Academic Publisher, 2000. 211p.). Atualmente é sabido que a capacidade sensitiva dos animais é relacionada às suas respostas aos estímulos, sendo assim o que evidencia certo grau de consciência diante toda essa estrutura cognitiva é que eles relembram um conjunto de ações anteriores, estabelecem padrões comportamentais, ponderam riscos e ameaças (COTTEE, 2012).

Seguindo esse pensamento Charles Darwin:

As atribuições de emoções e sentimentos aos animais se consolidou com a teoria da evolução de Darwin que associou o homem às demais espécies por meio de um processo evolutivo, cujas diferenças são em ordem quantitativa, e não qualitativa, [...]. Assim, a 'senciência' se relaciona às habilidades para perceber e responder aos estímulos externos, através da capacidade de avaliar ações dos outros em relação a si próprio e a terceiros, relembrar ações e consequências, estimar riscos, possuir alguns sentimentos e algum grau de consciência (DARWIN, 2005. CARVALHO; WAIZBORT, 2010, *apud* FISCHER *et al.* 2016, p. 34).

Giumelli e Santos (2016) reforçam que ao se tratar especificamente sobre o componente mental das vivências dos animais na área produtiva, consideram o conforto mental o estado relacionado à condição física do animal e condicionado pela comunicação entre animais e homens. Como há uma limitação comunicativa, a condição mental passa a ser o principal sinal de observação refletida especialmente nos padrões comportamentais estabelecidos pelo animal.

Com o passar do tempo o assunto sobre o bem estar dos animais começou a ser mais explorado trazendo maior visibilidade as situações que eles são acometidos e a sensibilidade do ser humano com a causa começou a se tornar uma realidade para melhorar a dignidade e o respeito a eles, sobre isso, Mendes (2017) aponta que no contexto científico, houve uma mudança comportamental considerável dos consumidores relacionada à conscientização da importância do bem-estar animal. Com

o resultado, o que houve foi a exigência de um ambiente de produção adequado de todos os pontos de vista, exigência essa que aproximou o consumidor à cadeia produtiva animal.

Foram os resultados científico da iniciativa acadêmica que promoveram a maior distribuição informativa acerca do assunto e além disso, conceituou o bem-estar animal levando em conta não só a integridade física dos animais, mas, também sua integridade psíquica, assumindo suas capacidades cognitivas citadas anteriormente, ressaltando que a senciência dos animais não-humanos foi reconhecida em 2012, na conferência de Cambridge:

[...] o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não-humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos (INSTITO HUMANITAS UNISINOS.2012)

3.DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

No prisma internacional temos a declaração dos direitos dos animais pela UNESCO realizada em Bruxelas em 27 de janeiro de 1978 esta declaração Universal dos Direitos dos Animais é um documento assinado por diversos países, que abrange o Brasil, e foi elaborado de forma a assegurar um novo entendimento de que todos os animais possuem o direito de existência e que o não respeito a este direito pode ocasionar a extinção não só da espécie animal como a espécie humana.

Neste entendimento os 10 principais princípios da Declaração Universal dos Direitos dos animais:

- a) Todos os animais têm o mesmo direito à vida;
- b) Todos os animais têm direito ao respeito e à proteção dos humanos;
- c) Nenhum animal deve ser maltratado;
- d) Todos os animais selvagens têm o direito de viver livremente no habitat;
- e) O animal que o humano escolher para companheiro nunca deve ser abandonado;
- f) Nenhum animal deve ser usado em experiências que causem

dor;

- g) Todo ato que põe em risco a vida de um animal é um crime contra a vida;
- h) A poluição e a destruição do meio ambiente são considerados crimes contra os animais;
- i) Os direitos dos animais devem ser defendidos por lei;
- j) Os humanos devem ser educados para observar, respeitar e compreender os animais desde a infância.

Esta declaração não possui qualquer força normativa ou regulamentar, ou seja, não é obrigatória. A Declaração Universal dos Direitos dos animais se trata de uma visão filosófica que deve estabelecer as relações entre seres humanos e animais, os princípios da declaração Universal dos Direitos dos Animais ecoam em âmbito nacional e devido a essa repercussão que ela auxilia na assimilação de questões que envolvam a ética e o direito relativo aos animais no Brasil.

Dizer que um ser é senciente é reconhecer que ele é capaz de sentir, de vivenciar sentimentos como dor, angústia, solidão, amor, alegria, raiva etc. Ninguém discorda que tal característica não é privilégio do ser humano, mas de todos os animais. Contudo, ainda assim, juridicamente no Brasil os animais possuem status de coisa (SERRÃO, 2015)

A questão da igualdade dos animais em relação aos seres humanos reside no fato dos animais poderem sentir dores e alegrias e, portanto, gozam de direitos. Se os animais também podem sofrer, logo devem resguardar o direito de proteção, como bem aponta Singer “A capacidade de sofrimento e alegria é, no entanto, não apenas necessária, mas também suficiente para que possamos afirmar que um ser tem interesses a um nível mínimo absoluto, o interesse de não sofrer” (SINGER, 2013, p. 25)

Segundo Antunes (2021, p. 32): “A obrigação jurídica de respeito aos animais e às demais formas de vida é principalmente a expressão de um movimento de ‘humanização’ dos animais cujas dimensões crescentes têm implicado o aumento do arco protetivo”, assim posto podemos afirmar que o direito a vida e ao não sofrimento não é prerrogativa só humana, mas também dos animais.

4.O DIREITO DOS ANIMAIS NO BRASIL

O direito dos animais é um tema em discussão na atualidade, principalmente pela diversidade de situações que podem envolver a vida e a dignidade dos animais, colocando o direito a prova, toda vez que um novo contexto é levantado a fim de proteger os animais. Neste sentido, o direito dos animais versa sobre a consideração da senciência dos mesmos frente a sua existência, seja ela com os seres humanos, ou mesmo aqueles selvagens que não tem contato com humanos, apenas com a natureza (ZAMBAM; ANDRADE, 2016).

No entanto, uma das principais discussões mais pertinentes a se abordar no campo jurídico referente ao direito dos animais, diz respeito a consideração dos mesmos ora como sujeitos de direitos, ora como objetos. Segundo Ferreira *et al.* (2019), a objetificação é verificada na reivindicação do homem pelo direito de propriedade e superioridade sobre a vida animal. No entanto, essa situação abre precedentes para a violência.

Ainda de acordo com Zambam e Andrade (2016), as violências cometidas contra os animais em sua objetificação pelos humanos, pode ser de cunho industrial, mecânica, química, hormonal e genética, presentes na produção, criação, confinamento, transporte e abate a que o ser humano submete os animais não humanos. E nesse caso, a discussão de seus direitos frente a essas situações torna-se ainda mais necessária.

No âmbito jurídico, existem diversos doutrinadores que abordam de forma muito pertinente o direito dos animais. Um em especial, de forma mais contemporânea propõe reflexões que podem embasar bastante a discussão. Através do posicionamento do mesmo, é possível verificar que os animais são passíveis de proteção, sem a necessidade de discussão quanto ao estado jurídico deles.

Peter Singer é um desses autores. Segundo este doutrinador, em sua teoria chamada de o bem-estar animal, ocorre a discussão da importância de garantir o tratamento aos animais de modo respeitoso, considerando cada vez mais que os animais são seres passíveis de proteção, mas sem abolir formas de uso dos animais na sociedade contemporânea (SINGER, 2004). Ou seja, o autor traz um contraponto de se observar a utilidade dos animais, sem desconsiderar a sua vida e dignidade.

Singer já propunha nos anos 70 que os animais fossem tratados com cuidado, e não de maneira cruel, e que fossem utilizados somente ao necessário para a descoberta de cura de doenças, como por exemplo em experimentos de saúde com animais (SINGER, 2004). A teoria do bem-estar animal, é conhecida como o utilitarismo filosófico de autores como Jeremy Bentham, Stuart Mill entre outros. Mas mesmo assim, é muito aceita pela sociedade, e dessa maneira faz reduzir a exploração e sofrimento dos animais.

Algumas décadas depois de Singer, Tom Regan se propõe atualizar a teoria do mesmo, propondo a chamada libertação do animal ou a teoria das jaulas vazias ou ainda, a teoria que vai propor a abolição do uso de animais em qualquer medida. Tom Regan defende essa concepção por meio de seu livro, chamado *Jaulas Vazias*, publicado na virada do século XX para o XXI, e nele, o autor reforça para que os animais não sejam utilizados para fins humanos, propondo por consequência, a total abolição do uso de animais.

Esta teoria é recente, do início deste século e por vezes é considerada até polêmica, uma vez que envolve a alteração das estruturas da sociedade que tem boa parte de suas atividades organizada por meio da exploração animal. Contudo, ela não pode ser desconsiderada, visto a necessidade de se pensar em quais formas de abolir a exploração animal e o seu sofrimento, não só aos poucos, mas de vez (REGAN, 2011).

Tom Regan sustenta que os animais tem direitos com base no argumento de que humanos têm direitos, através desse pensamento busca os fundamentos para que se possa pensar nos direitos dos animais como uma norma que se impõe perante a sociedade para que a partir disso, se possa considerar os animais como indivíduos (REGAN, 2011). Recentemente, houve uma regulamentação do direito dos animais, considerando-os como membros da sociedade humana. Neste sentido passa-se a discutir no direito, algumas condições jurídicas que os animais ocupam ou podem vir ocupar na sociedade. No entanto, é relevante considerar que cada país prevê as normas e as relações jurídicas que entende como importantes e necessárias, dentro daquele ordenamento jurídico, para definir o status do animal. Ainda não se tem no plano do Direito Internacional e Tratados Internacionais, normas que prevejam o status do animal no globo, então parte-se do princípio que cada Estado vai prever para determinar o animal como sujeito ou não naquela sociedade.

No Brasil, o código Civil de 2002, por exemplo, entende que os animais são coisas móveis e como coisas móveis, estão sujeitos ao tratamento que aquele proprietário ou melhor dizendo tutor, lhe impuser (BRASIL, 2002). Embora não seja o ideal, essa consideração é importante para pelo menos dar visibilidade aos animais como entes que podem vir a ter direitos, nem que seja por meio daqueles que detém o seu controle.

Na Constituição Federal de 1988, instrumento legal que fundamenta as demais normas do Brasil, observa-se o art. 23, VII e o art. 225, parágrafo I, que trazem a norma fundamental, considerando que os animais são passíveis de proteção pela sociedade e pelo poder público e contra eles é vedado o comportamento agressivo (BRASIL, 1988). Este artigo garante uma base legal para se entender que o animal é sujeito de direitos.

Em todos os países os animais tem tratamentos diversos, dependendo da espécie do animal, os que são chamados de “animais de companhia”, tem um tratamento jurídico privilegiado e considerados como sujeitos, como por exemplo cães e gatos, especialmente e eventualmente cavalos e outros animais que são próximos do ser humano e tem uma relação de afeto (BRASIL, 1988).

Mas outros animais como por exemplo porcos, vacas, galinhas, peixes e etc., por serem objetos da exploração humana e por terem um interesse de natureza econômica muito contundente na sua relação com os humanos, passam ainda a serem considerados como coisas (JÚNIOR, 2018). A exploração econômica é um dos principais motivos que causa danos aos animais, e muitos deles são irreversíveis, pois visam apenas o abate dos mesmos para sua comercialização.

Além disso, existem os animais que estão no meio termo jurídico, como por exemplo, a lei dos zoológicos, a lei dos rodeios e a lei Arouca, são exemplos de normas, que trazem tratamento diversificado para os animais a depender da relação que se tem com eles (JÚNIOR, 2018). Essas leis promovem a proteção dos animais por um lado, mas por outro, infelizmente não preveem direitos, e ainda regulamentam alguns tipos de exploração dos humanos para com os animais.

Um exemplo é a Lei nº 10.519, de 17 de julho de 2002, referente aos rodeios, onde é exigido do evento a presença de um médico veterinário, sob pena de o evento ser encerrado, e os organizadores sofram as penalidades da norma, como por exemplo multa e processos administrativos, e que se não forem respeitadas, haverá combinação legal. Além disso, a norma garante que os animais não serão submetidos a condições de crueldade ou a maus tratos (BRASIL, 2002).

Em 2019, o presidente da república Jair Bolsonaro, havia sancionado a proposta que regulamenta as práticas da vaquejada, rodeio e laço. A proposta foi aprovada pela câmara dos deputados no final de agosto, não houve vetos a norma (Lei nº 13.873/19) e está em vigor. De acordo com esta lei, as práticas e competições esportivas culturais, pertencem ao patrimônio cultural brasileiro de natureza imaterial, ou seja, não devem gerar prejuízos, como por exemplo sofrimento dos animais (BRASIL, 2019).

Em 29 de setembro de 2020, houve mais um avanço em relação a proteção dos animais, novamente o presidente da república decreta e sanciona a lei, quando no seu art. 1º que altera a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas combinadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se trata de cães e gatos, qual seja:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Mesmo com estas modificações, ainda existe uma certa preocupação e limitação da exploração, mas não a vedação da exploração. Nesse sentido, os direitos dos animais em uma corrente mais protetora, visa tentar criar regras e garantir um tratamento mais contundente para os animais, pois ao que se parece, quando os direitos são colocados na sociedade, sempre existirá pensamentos novos em relação aos marcos civilizatórios. E nesse caso, os animais devem ser considerados e protegidos pelo advento desses novos marcos civilizatórios (SPAREMBER-GER; LACERDA, 2016).

Um outro exemplo de proposição de um novo marco, poderia ser o projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018, que visa revisar o conteúdo do código civil brasileiro, que prevê os animais como coisas, retirando-os dessa condição de coisa e dando para eles um status que ainda não é bem definido e que vai precisar de muita discussão social, para efetivamente ser então delineado, mas que traz uma conquista bastante relevante nesta discussão de aquisição de direitos dos animais (BRASIL, 2018).

Este projeto de lei ainda está em análise, traz consigo uma conquista social por trás da sua discussão, ele vai então permitir uma nova discussão mais efetiva do status jurídico dos animais no Brasil, haja vista que irá retirar oficialmente o status de coisa/objeto previsto no código civil, sendo que esta seria a maior discussão em termos de revisão do fato jurídico do direito dos animais. Em outros países, por sua vez, pode-se verificar uma discussão ainda mais avançada e um status jurídico para o animal já diferenciado deste status de coisa que o Brasil ainda mantém.

Nesta sociedade contemporânea pode-se perceber, lamentavelmente, certas resistências de alguns seguimentos da sociedade e de alguns indivíduos que pensam que a prescrição de direitos para os animais ou que a previsão de animais como sujeito de direitos, não é um tema que deva ser retratado neste momento da história humana

ou ainda, não tem importância, pois, para eles os animais não tem a mesma forma de se relacionar como os humanos. Por outro lado, existem algumas reflexões que desmistificam esta condição, ou estes argumentos conservadores que ainda imperam na sociedade contemporânea (FERREIRA *et al.*, 2019). Falar em Direitos dos animais, significa então criar uma lógica de fraternidade na sociedade a ponto de que não discriminemos um sujeito em razão de sua espécie (SUSTEIN, 2014). Logo, pensar em direito dos animais é pensar no direito em sua totalidade, e, portanto, cuidar dos animais é uma postura de zelo perante a vida, independente da espécie que este indivíduo tem e se por um lado percebemos que sim, há escassez e recursos e há uma dificuldade bastante grande de serem incrementados. Incluir os animais nesta esfera, significa uma boa administração de recursos naturais e humanos.

É preciso criar a consciência de que cuidar dos animais não é absolutamente, deixar de cuidar dos humanos, muito pelo contrário, inclusive já há estudos na área da criminologia que nos demonstram que tratar da violência ou da superação da violência com os animais, significa também, tratar da superação da violência com os humanos. Atualmente também existe uma teoria chamada Link, que demonstra que casas que há violência com animais, há também violência doméstica para com os humanos e isso gera uma lógica da perpetuação da violência dentro da sociedade humana como um todo, logo não é contraditório falar em direitos humanos, junto com o direito dos animais (SPAREMBERGER; LACERDA, 2016).

Além disso, o direito dos animais versa sobre as condições sanitárias do país também. No que tange ao controle da raiva, a vacinação sistemática de cães nas áreas de risco, o controle populacional, por meio da captura e esterilização, aliados à educação para a guarda responsável de animais são as estratégias aceitas mundialmente (SUSTEIN, 2014). Argumenta-se que os animais não devem permanecer nas ruas, ao que cabe replicar que os animais estão nas ruas e ali permanecerão, enquanto se persistir no equivocado método da captura seguida de morte.

A proteção aos animais e a salubridade pública, longe de serem valores antagônicos ou inconciliáveis, são interesses que se vinculam e que se voltam a um mesmo fim, já que as medidas que protegem os animais são as mesmas preconizadas pela OMS, por atuarem na defesa da incolumidade pública. Dessa forma, é de natureza pública o interesse em implantar tais procedimentos, para a garantia da saúde e bem-estar de todos, animais humanos e não humanos (HACHEM; GUSSOLI, 2017).

5. JULGADO EM RELAÇÃO AO DIREITO DOS ANIMAIS NO BRASIL

O episódio do caso ``manchinha`` relata a morte de um cão vira-lata que recebeu esse nome através de um funcionário do hipermercado Carrefour, de Osasco, São Paulo, onde o animal vivia e era alimentada por clientes e funcionários. O animal foi morto em 28

de novembro de 2018, próximo a uma das lojas do Carrefour, um dos funcionários do estabelecimento responsável pela segurança da loja, acatou a ordem de retirar o animal, que estava no estacionamento do hipermercado e havia sido abandonado meses antes do evento. Para executar a ordem o homem ofereceu ao animal mortadela com veneno de rato e o espancou com uma vara de alumínio. Depois do fato ocorrido a loja declarou que o cão ``manchinha`` foi vítima do atropelamento, mas depois admitiu o ataque de seu funcionário ao cão. O animal até foi socorrido por funcionários do centro de zoonoses da cidade, mas morreu após a agressão. A veterinária que o foi até o local concluiu que o animal morreu por hemorragia.

O segurança que cometeu o crime foi identificado e suspenso, passou 3 dias para o incidente ser relatado às autoridades. O responsável pelo crime confessou sua culpa e declarou-se arrependido. Ao final da investigação, em 18 de dezembro de 2018, o funcionário foi considerado culpado do crime de abuso e maus-tratos a animais. Porém ele respondeu em liberdade não sendo preso imediatamente.

O caso repercutiu através das redes sociais, gerando protestos em todo Brasil, contra as lojas da rede Carrefour, manchinha recebeu muitas homenagens após sua morte.

Após um acordo com Ministério Público, em março de 2019 o Carrefour transferiu R\$ 1 milhão para um fundo de proteção aos animais criado pelo município de Osasco. A empresa também resgatou animais que viviam em suas unidades e os transferiu para abrigos.

Outro caso conhecido que também gerou muita repercussão foi o cão pitbull Sansão que teve as duas patas traseiras decepadas, com um facão por dois homens em julho de 2020, esse acontecimento passou para a Justiça comum Criminal, devido a crueldade e gravidade das lesões, foi decidido pelo juiz Leonardo Guimarães Moreira, dos Juizados Especiais da Comarca de Pedro Leopoldo (MG).

A fatalidade sofrida pelo cão Sansão inspirou a criação do projeto nº 1.095/2019 que se transformou na Lei Federal nº 14.064/2020 Lei Sansão, foi uma alteração da Lei de crimes ambientais, que inclui um **capítulo** sobre cães e gatos. O cão Sansão atualmente voltou a andar através de uma **prótese**. O suporte foi criado em Denver, nos Estados Unidos, e doado pela associação de proteção animal **Patas Para Você**.

Em 2017, a corte não conheceu de pedido de Habeas Corpus (HC 393.747) para um homem condenado a 3 anos e 2 meses de detenção em regime inicial semiaberto em razão de tratamento cruel de três cavalos. Segundo os autos, os animais eram mal alimentados, submetidos a trabalho excessivo, chicoteados e apresentavam diversos ferimentos, principalmente o cavalo conhecido como Parceiro, que apresentava escaras

por todo o corpo, atrofia muscular e lesão no sistema nervoso central. Os maus-tratos culminaram na morte de um dos cavalos.

No HC, a defesa solicitou que a pena base fosse reduzida, ao não conhecer do pedido, o relator, ministro Jorge Mussi, destacou que a jurisprudência do STJ autoriza a fixação da pena base acima do mínimo legal, quando fundamentada com elementos concretos extraídos dos autos. "Nada impede que as circunstâncias concretas em que se deu a ação criminosa revele peculiaridades que exorbitem a culpabilidade inerente à figura delitiva, como ocorrido *in casu*, em que foram evidenciados fatos que demonstram não só a crueldade, mas a extrema crueldade da conduta do agente, na medida em que, consoante ressaltado na sentença e no arresto recorrido, os animais sofreram maus-tratos das mais diversas formas, inclusive por meio de marteladas", afirmou o ministro. Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ. (STJ - HC: XXXXX RJ 2017/XXXXX-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 25/04/2017)

6. GUARDA RESPONSÁVEL NO BRASIL

A guarda responsável dos animais tange a todas as responsabilidades que uma pessoa deve assumir ao adotar um animal de estimação. O desejo de obtenção do animal deve ser considerado por todos os moradores da casa, uma vez que os animais podem viver de 15 a 20 anos, sendo levantado também antes de adquirir o animal momentos críticos como mudança de casa, separação dos donos, desemprego, a vinda de um bebê na família, ou ainda, doença ou morte do "dono". Também deve ser visto que os animais também incorrem em custos e suas necessidades devem ser respeitadas, visando o bem estar do animal.

Todos os pontos levantados a cima devem ser analisados, pois os animais não são objetos que podem ser descartados em caso de problemas. Como membro da família, independentemente de qualquer dificuldade ele deve continuar sendo bem-vindo. A tutela responsável também torna a castração uma condição necessária para prevenir a prole e o subsequente abandono. É indispensável ser enfatizado ainda a identificação e Registro de animais. O registro de cães e gatos é a melhor ferramenta para entender e monitorar estes animais e estabelecer personalidade jurídica, assim como os seres humanos que tem o seu registro após seu nascimento, e também trazer a individualidade dos animais. O registro é essencial para acompanhar os proprietários dos animais e responsabiliza-los quando necessário, caso haja negligência, abandono ou mesmódanos a terceiros.

A guarda responsável se torna ainda mais necessária com a vacina da Raiva e virose que já é inserida na sociedade, fazendo com que o número de cães vacinados aumente, pois essas vacinas previnem doenças que afetam toda a sociedade, essas já

são acessíveis para toda a população, através de campanhas educacionais na mídia e escolas.

O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) que versa da estrutura empregada para a gestão ambiental no Brasil, com o intuito de reestabelecer e recuperar a qualidade ambiental, determina que exista um diálogo entre as três áreas do poder público, de uma forma que o Poder Municipal prepondere e institua políticas locais, a favor da esterilização.

7. CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objetivo investigar o direito dos animais no Brasil frente as mudanças das leis e da sociedade. Considera-se que este objetivo foi alcançado, uma vez que a pesquisa documental realizada proporcionou a análise das mudanças mais recentes relacionadas ao direito dos animais, proporcionando reflexões pertinentes a esta temática.

Em uma lógica de direitos, verificou-se que os animais deveriam ser considerados como um ente de direitos. No entanto, constatou-se que no ordenamento jurídico brasileiro, existe a dificuldade de se considerar essa perspectiva, devido ao posicionamento do Código Civil de 2002, e da Constituição Federal de 88 fundamentar, que o direito dos animais, pode ser de certo modo oscilatório mediante a sua tutela.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais mesmo não possuindo força normativa serve como inspiração para elencar os direitos dos animais, bem como para que haja consciência perante a dignidade e justiça dos animais.

Assim, identificou-se a existência da dualidade de consideração jurídica dos animais, sendo os mesmos ora detentores de direitos, ora não. Nesse caso, observou-se que há legislações atuais que consideram os direitos dos animais, e que cada vez mais essa consideração tem se feito realidade, mas que existem caminhos a serem percorridos na busca do direito dos animais, lhes proporcionando um tratamento digno e a luz dos direitos fundamentais, sob essa visão os animais não devem ser tratados unicamente como fundamental ao meio ambiente equilibrado e apenas em benefício do homem, mas também passíveis de proteção pela CF/88.

Diante do exposto, evidenciou-se que a legislação brasileira é insuficiente e deficiente, para alcançar seus fins de proteção aos animais enquanto seres capazes de sentir e que necessitam de cuidados humanos para a sua sobrevivência e bem-estar.

REFERÊNCIAS

ABPA - Associação Brasileira de Proteína Animal. **Protocolo de Bem-Estar para Frangos de Corte**. 2016. Disponível em: <http://abpa-br.com.br>. Acesso em 10 de julho de 2022.

BOND, G. B. et al. Métodos de diagnóstico e pontos críticos de bem-estar de bovinos leiteiros. **Ciência Rural**, v. 42, n. 7, p. 1286-1293, 2012.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 julho 2022.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 18 julho 2022.

BRASIL, Presidência da República. **Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 julho 2022.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 10.519 de 17 de julho de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10519.htm. Acesso em: 18 julho 2022.

BRASIL, Presidência da República. Projeto de **Lei nº 27 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 18 julho 2022.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 13.873 de 17 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13873.htm. Acesso em: 18 julho 2022.

CASO MANCHINHA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Caso_Manchinha&oldid=63171737. Acesso em: 10 junho. 2022

CONJUR. **STJ relembra casos envolvendo animais julgados pela Corte**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-01/stj-relembra-casos-envolvendo-animais-julgados-corte>. Acesso em 19 julho de 2022.

COTTEE, S. Y. Os peixes são vítimas do 'especismo'? Uma discussão sobre medo, dor e consciência animal. **Fish Physiology and Biochemistry** v. 38, n. 1, 2012.

FERREIRA, S. R. A. **Relação proprietário-cão domiciliado: atitude, progressividade e bem estar**. 2009. 167 f. Doutorado. Doutor em Ciência Animal. Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte, 2009.

FERREIRA, C. A. P. F. e. R. M: Tutela Jurídica Dos Animais De Estimação Em Face Do Di-reito Constitucional Brasileiro. Edição. **Rio de Janeiro: Lumen juris**, 2019.

FISCHER, M. L. et al. A percepção da dor como parâmetro de status moral em animais não humanos. **Conexão Ciênc [Internet]**, v. 11, n. 2, p. 31-41, 2016.

GIUMELLI, R. D.; SANTOS, M. C. P. Convivência com animais de estimação: um estudo fenomenológico. **Revista da Abordagem Gestáltica: Phenomenological Studies**, v. 22, n. 1, p. 49-58, 2016.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 12, n. 03, 2017.

JUNIOR, Vicente Ataíde. Introdução ao direito animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito animal**, v. 13, n. 3, 2018.

LAZARIN, Andressa Rodrigues; MAZZUCATTO, Barbara Cristina. Diagnóstico de bem-es-tar em bovinocultura de leite. **Revista de Ciência Veterinária e Saúde Pública**, v. 4, 2017.

MENDONÇA, Ana. **Sansão, o cão que inspirou lei contra maus-tratos, volta a andar.** Jornal Estado de Minas, 2021. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/03/05/interna_gerais,12](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/03/05/interna_gerais,1243638/sansao-o-cao-que-inspirou-lei-contr-maus-tratos-volta-a-andar-veja.shtml)

[43638/sansao-o-cao-que-inspirou-lei-contr-maus-tratos-volta-a-andar-veja.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/03/05/interna_gerais,1243638/sansao-o-cao-que-inspirou-lei-contr-maus-tratos-volta-a-andar-veja.shtml). Acesso em: 09, junho de 2022.

MENDES, O. T. N. **Bem-estar animal na produção de frangos de corte no Brasil.** 2017. 175 f. Mestrado. Qualidade e Tecnologia alimentar. Universidade de Brasília-Faculdade de Agro-nomia e Medicina Veterinária, Brasília. 2017.

REGAN, Tom et al. Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais. **Fundamento**, n. 3, 2011.

PETZ. **Saiba mais sobre os direitos dos animais.** Disponível em: <https://www.petz.com.br/blog/bem-estar/direitos-dos-animais/>. Acesso em: 11 de junho de 2022.

SINGER, Peter. **Libertação Animal.** Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2013.

SINGER, Peter. **Libertação Animal.** Tradução de Marly Winckler. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

SUSTEIN, Cass R. Os Direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 9, n.16, 2014.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista Amicus Curiae**, v. 12, n. 2, p. 183-202, 2016.

ZAMBAM, Neuro José; ANDRADE, Fernanda. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da sentiência. **Revista Brasileira de direito animal**, v. 11, n. 23, 2016.

CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA: DECLÍNIO DEMOCRÁTICO E GÊNERO

ALDENY CARVALHO MOURA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí/UESPI, Pós-Graduada em Ciências Criminais e Advogada.

Resumo: O presente trabalho, feito com a utilização de revisão bibliográfica, analisou o fenômeno do processo de declínio da democracia liberal nos últimos anos, especialmente no Brasil. O referido evento tem sido abordado em perspectivas diferentes por autoras e autores diversificados, refletindo e aprofundando o tema de gênero desde o olhar constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo feminista. Democracia liberal. Autoritarismos. Gênero. Retrocesso. Diversidade.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos presenciamos o processo de declínio da democracia liberal. O fenômeno tem sido abordado sob perspectivas diversas e autores distintos como por exemplo, recessão democrática (Larry Diamond), decadência democrática (Tom Gerald Daly), crise constitucional (Jack Balkin), populismo constitucional (Paul Blokker).

Considerando cenários distintos, optamos por usar processo de declínio democrático ou ressurgimento de autoritarismos. Tal variedade ressalta as diferenças na forma como tem ocorrido nos países de acordo com situações políticas e jurídicas específicas. Boa parte da literatura que trata da queda da democracia liberal sob o viés de gênero o faz tendo por análise países populistas, autoritários e a queda democrática decorrentes de sistema neoliberal, situações notadamente diversificadas. Possuem em comum a apropriação da retórica sobre o gênero diante da queda democrática.

Vislumbra-se que os regimes têm se apropriado da visão de gênero amarrada ao papel tradicional materno dentro da estrutura familiar, além de manifestações escancaradamente misóginas das principais lideranças partidárias usando o antifeminismo em suas diversas vertentes como a cola articuladora entre vários partidos com os de extrema direita. Este processo tem levado a retrocessos tanto em direitos sexuais e reprodutivos quanto em proteção de gênero em seu sentido amplo.

É de suma importância estabelecer que o antifeminismo não é um movimento novo, mas que ganhou impulso nos governos populistas e de extrema direita, retroalimentando tais discursos.

2 DEMOCRACIA LIBERAL E SEU DECLÍNIO

Após os processos políticos ocorridos na década de 1970 no sul da Europa e América Latina iniciou-se na Ciência Política linhas de estudo que pretendiam compreender o processo de transição para a consolidação da democracia tendo por objeto central a compreensão acerca dos elementos favorecedores ou dificultadores da criação e manutenção de um regime democrático. A universalização da democracia após a queda do muro de Berlim foi considerado por Fukuyama como o “fim da história”, ou seja, o triunfo do modelo democrático liberal.

Apesar das tentativas de estabelecimento de critérios confiáveis de mensuração e avaliação, a democracia é variável, sujeita a mudanças de critérios e funcionamento. Nos últimos cinquenta anos houve a ascensão global do constitucionalismo com constituições escritas, controle de constitucionalidade e separação dos poderes, tornando o constitucionalismo liberal como modelo disseminado pelos países.

Após o aparente consenso democrático, quando países com democracia consolidada que nunca passaram por autoritarismos como os Estados Unidos e recentemente consolidadas como a Polônia, enfrentaram ameaças aos critérios democráticos, gerando intensa preocupação nos analistas políticos.

O processo de declínio tem ocorrido tanto em países de democracia consolidada, como tem piorado a qualidade da democracia em países não completamente democráticos. Portanto, o viés de que os países estariam necessariamente em processo de democratização é falso ou pelo menos parcial.

As ameaças atuais não são iguais às ocorridas no passado. Ao invés de golpes de estado dados por militares, as ameaças atuais ocorrem a partir de líderes eleitos que usam a ordem jurídica de forma a distorcê-la, fragilizando as instituições e o próprio direito. É o chamado constitucionalismo abusivo.

Este processo tem ocorrido nos Estados Unidos, Polônia, Turquia e mais recentemente no Brasil. A eleição de presidentes populistas com pouco comprometimento com a democracia liberal tem sido o estopim para o uso do direito de forma não liberal. Os líderes aproveitam-se do apoio obtido e modificam as leis e a constituição, diminuindo as barreiras relacionadas à separação das funções estatais, possibilitando a perpetuação no poder.

A fragilização da democracia liberal também provoca ameaças na proteção dos direitos humanos. Resta inquestionável que a proteção efetiva a esses direitos demanda a existência de estado de direito e democracia. A retórica dos movimentos autoritários é contrária aos direitos humanos, que de acordo com o país pode ser visto como universalizante e contrário ao nacionalismo ou direitos que amparam o “inimigo”.

Democracia e igualdade de gênero são interdependentes, de forma que quanto maior a igualdade de gênero, mais consolidada uma democracia. Tal relação ocorre porque políticas democráticas possibilitam a maior liberdade da sociedade, o que aumenta a influência de organizações de mulheres no estado e as lutas feministas contribuem para democratizar o espaço político.

3 AUTORITARISMOS E GÊNERO

Populismo e gênero são temas apreendidos e usados por regimes diversos e denotam precedentes históricos importantes. O regime nazista utilizou em sua concepção de povo a definição estrita de papéis sociais em que cabia às mulheres serem as mães da nação, restando para os homens a função de provedores heroicos. A própria nação dependia da família, que por sua vez teria o estio no cuidado executado por mulheres. A modificação dos papéis levaria à destruição da nação.

De igual forma, a noção idealizada e normatizada das masculinidades implica em desconsideração e perseguição de grupos LGBT inclusive com envio aos campos de concentração. A própria figura de liderança autoritária populista é comumente identificado com a figura masculina, reforçando o papel de gênero identificado com a masculinidade.

Outra temática pertinente no estudo da relação entre autoritarismo e gênero é o uso da linguagem baseada em estereótipos como forma de criação de coesão política. Ou seja, o gênero como fator de união de grupos, notadamente alinhados em torno de pautas de extrema direita. Urge, ainda, a questão da implementação de políticas relacionadas ao gênero pelos regimes autoritários, impactadas no processo de queda democrática.

De forma geral os regimes populistas autoritários têm promovido retrocessos que afetam direitos sexuais e reprodutivos. Além de reforçarem estereótipos e destruírem políticas públicas de isonomia. Este processo não ocorre da mesma maneira em todos os países porque depende do grau de igualdade de gênero previamente existente na sociedade, bem como a estrutura do discurso de exclusão.

Na América Latina a retórica é amplamente machista, enquanto no Norte da Europa utilizou-se o discurso de proteção às mulheres para criar uma oposição entre

valores europeus e islâmicos, com a finalidade de limitar a migração e identificar o migrante a comportamentos machistas, criando e reforçando o medo de agressão das mulheres chamado de “ansiedade sexual”.

O meio de cultura dos novos regimes autoritários é a guerra cultural, a moralização do debate público e a centralidade de temas morais na vida política (aborto, identidade de gênero, políticas LGBTQIA+). O campo neoconservador utiliza-se da retórica do medo para retomar os valores da família tradicional: ordem, hierarquia e autoridade moral frente à suposta libertinagem do campo progressista.

Uma das chaves de leitura do combate aos temas relacionados à igualdade de gênero é chamado efeito backlash (reações sociais e institucionais a determinadas medidas, especialmente judiciais) de conquistas de direitos, afetando concretamente ou simbolicamente a autopercepção de determinados grupos sociais que sentiram-se perdendo o poder e o seu papel. Somam-se as crises políticas e econômicas o restabelecimento de relações vistas como naturais, ou seja, patriarcal, ganha adesão.

4 RETROCESSOS DAS PAUTAS FEMINISTAS E DA DIVERSIDADE NO BRASIL

É cediço que o Brasil ostenta intensa desigualdade entre homens e mulheres.

Diferenças de salário, violência sistêmica, trabalho não remunerado de cuidados, sub-representação política, dentre outros indicadores negativos e vergonhosos que o fazem ser o 95º no ranking de igualdade de gênero dentre os 149 países analisados.

Apesar da história desigualdade, desde o início da década de 2000 vemos ações estatais para o reconhecimento dos direitos das mulheres e população LGBTI. Tais medidas de promoção da isonomia foram ao mesmo tempo resultado e impulsão de lutas dos movimentos sociais.

Em um cenário tradicionalmente hostil às pautas feministas, a vitória e possível reeleição de Jair Bolsonaro, político de extrema direita com grande influência do chamado “trumpismo”, tem sustentado verdadeira cruzada da família patriarcal e contra o que classifica como “ideologia de gênero”.

A eleição que lhe deu a vitória foi marcada por temas moralizantes e divulgações de notícias falsas disseminadas via aplicativos, especialmente o WhatsApp, tratando de gênero. Em plena campanha para reeleição, o discurso e as táticas não mudaram, uma vez que seu governo manteve o padrão de ataques a todos os assuntos identificados ao gênero. As ofensivas ocorreram com a mobilização das instituições e principalmente com as declarações do presidente, itens que se retroalimentam.

Do ponto de vista institucional destaca-se a mudança do Ministério de Direitos Humanos para Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Tal modificação incluiu a extinção dos comitês de Gênero e de Diversidade e Inclusão. O resultado foi o enfraquecimento na proteção de direitos humanos em geral. No campo da saúde o Ministério respectivo vetou o uso do termo “violência obstétrica” em seus documentos oficiais e comunicações, contrariando o estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Discursivamente há reiteração de sua posição de religioso e pró-família, ao mesmo tempo se utiliza de escândalos construídos como forma de mobilização de seus apoiadores. A dimensão do escândalo e da afronta moral é um precioso componente como forma de mobilização, pois agrega rejeição à práticas discursivamente identificadas ao outro que é feminista, gay e progressista. Há uma verdadeira guerra moral contínua, mesmo que em termos contraditórios ao modelo familiar defendido.

Mesmo em temas que aparentemente não são relacionados ao gênero, o uso da estratégia se repete. A educação mostra-se como uma das áreas mais afetadas, uma vez que tem passado por sucessivas investidas motivadas pelo discurso de que as instituições propiciam “doutrinação” dos alunos. Por intermédio da formação do pânico moral os ambientes de ensino são apresentados como criadores e perpetuadores da desordem, destruindo os valores tradicionais da família e religião.

A incompreensão dos movimentos e pautas feministas fomentam a exploração populista de maneira a desacreditá-los e minar os avanços recentes em termos de igualdade. Com o cenário dominante da extrema direita é fundamental pautar nas instituições os temas de igualdade como forma de resistência aos retrocessos anunciados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os discursos antifeministas estão no centro dos movimentos populistas e de extrema direita que tem levado ao declínio democrático. Considerações contrárias à igualdade de gênero em prol de discursos ditos pró-família têm sido o movimento catalisador dos sentimentos e discursos de ódio e servem de amálgama de movimentos políticos diversos, ainda que os de extrema direita tenham prevalecido. Ainda que os discursos antifeministas e anti-diversidade não sejam novidade, têm sido remodelados nos tempos hodiernos para caber no restante das ideias defendidas pelos movimentos populistas: nacionalismo, família “ideal”, negacionistas, anti-ciência e xenofobia.

Este processo tem ocorrido em diversos países do mundo e tem desencadeado movimentos importantes de resistência como o “Ele Não” no Brasil e a Women’s March

nos Estados Unidos. A mobilização contínua sobre direitos e políticas públicas é central em momentos de retrocessos, mas não é suficiente.

Uma das frentes de luta que deve ser enfrentada é a da comunicação, que tem sido dificultada e alvo constante de ataques e propagação de notícias falsas, vídeos, fotos escandalosas e verdadeira campanha de descredibilização das urnas e do processo eleitoral brasileiro como formas de produzir sentimentos de asco e propiciar a narrativa de afronta à moralidade e segurança do voto.

Do ponto de vista acadêmico, o estudo dos movimentos e discursos antifeministas deve fazer parte da agenda de pesquisa e ser difundido para esclarecer e informar didaticamente todos os setores da população, para que tenham acesso a informações verdadeiras e neutras, livres de preconceitos odiosos, sob pena de não compreensão de um dos motores que ameaçam o legado do movimento constitucionalista e democrático conquistado a duras penas, com muito suor, sangue e lágrimas.

6 REFERÊNCIAS

BUENO, Samira; LIIMA, Renato Sérgio. Dados de violência contra a mulher são a evidência da desigualdade de gênero no Brasil. **G1**, 08 mar. 2019. <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/dados-de-violencia-contra-a-mulher-sao-a-evidencia-da-desigualdade-de-genero-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 16 set. 2022.

CALEGARI, Luiza. Mulheres trabalham 72% a mais do que homens em tarefas domésticas. **Exame**, 08 mar. 2018. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/mulheres-trabalham-72-a-mais-do-que-homens-em-tarefas-domesticas/>. Acesso em 16 set. 2022.

DE ASSIS CÉSAR, Maria Rita; DE MACEDO DUARTE, André. Governo e pânico moral: corpo, gênero e diversidade sexual em tempos sombrios. **Educar em Revista**, n. 66, p. 141-155, 2017.

FREITAS, Guilherme. A sociedade como campo de batalha. **Revista Serrote**. 2017. Disponível em: <https://www.revistaserrote.com.br/2017/03/a-sociedade-como-campo-de-batalha-por-guilherme-freitas/>. Acesso em: 16 set. 2022.

FUNDAÇÃO TIDE SETUBAL. **O Conservadorismo e as Questões Sociais**. São Paulo, 2019. Disponível em <https://conteudo.fundacaotidesetubal.org.br/downloadconservadorismo>. Acesso em 27 ago. 2022.

LEVITSKY, Steven, ZIBLAT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

A NECESSIDADE DE TUTELA EFICAZ AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE GERAL DOS CASOS BRASILEIROS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER SUBMETIDOS AO SISTEMA INTERAMERICANO

ANA LAURA BAIOCCHI DE SOUZA PARREIRA:
Advogada especialista em Direito Público.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a eficácia da tutela dos direitos das mulheres, a partir dos casos brasileiros submetidos ao sistema regional interamericano de direitos humanos. Para isso, buscou-se as decisões e relatórios elaborados pelos órgãos do sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Mulheres. Direitos Humanos. Sistema Interamericano. Violência.

Sumário: 1. Introdução. 2. O reconhecimento da vulnerabilidade das mulheres. 3. Casos brasileiros na temática de violência contra a mulher submetidos ao sistema da CADH. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir do estudo sobre o reconhecimento da vulnerabilidade social das mulheres, verifica-se que o crescente aumento das violências domésticas e sexuais sofridas justifica a aplicabilidade de políticas públicas específicas acerca dessa problemática.

Nesse sentido, busca analisar se a tutela dos direitos humanos das mulheres é garantida de modo eficaz, embora existam tratados específicos sobre a temática.

Na pesquisa dos casos submetidos ao sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, o artigo descreve as determinações realizadas pelos órgãos de proteção, bem avalia o grau de efetividade, considerando o cumprimento dessas providências e a capacidade de se prevenir futuras violações.

2. O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DAS MULHERES

O principal ponto do presente artigo gira em torno da vulnerabilidade feminina e é a partir daí que surgem dúvidas sobre até que ponto os direitos fundamentais, atrelados a princípios conhecidos como universais, correspondem às necessidades e particularidades dos indivíduos, seja socioculturalmente, ou em relação à questão do gênero aqui debatida.

Portanto, não se torna adequado o tratamento dos indivíduos de forma genérica e igual. Para além disso, é necessário que se identifique as vulnerabilidades de cada grupo social, para que seja possível apontar as suas peculiaridades e necessidades. Nesse cenário,

as mulheres, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser observadas a partir de sua condição social. Assim, ao lado do direito à igualdade surge também a proibição de tratamento discriminatório, o que lhes assegura a elaboração de políticas públicas voltadas às suas demandas específicas.

De uma análise geral, observa-se que os estereótipos de gênero se manifestam na segregação dos gêneros, primeiro no sistema educacional e depois no mercado de trabalho. Mulheres ainda são comumente dissuadidas quando procuram seguir carreiras científicas e tecnológicas em relação aos homens e, mesmo que ainda persistam, têm menor probabilidade de conseguir vagas de emprego nesses campos. Essas “escolhas” são influenciadas por estereótipos sobre as ocupações “adequadas”, em vez de se basearem nas suas habilidades e conhecimentos.

O progresso na conquista de direitos civis e políticos das mulheres tem sido uma evolução notável nos movimentos das mulheres. Em menos de um século, foram conquistados o direito de votar e concorrer a cargos públicos em praticamente todos os países do mundo. Mas tais avanços parecem tímidos ao se analisar todas as demandas que precisam ter sua ampliação levada às políticas públicas.

Essa questão é levada ao debate principalmente no que tange aos números crescentes de vítimas de violência doméstica e violência sexual, considerando que muitos casos sequer entram nas estatísticas, permanecendo nas cifras ocultas, por não serem denunciados ou não serem de fato processados.

Segundo estudo realizado em 2022 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, os dados preliminares da pesquisa noticiam que no ano de 2021, 1.319 mulheres foram vítimas de feminicídio e 56.098 mulheres foram vítimas de estupros (incluindo vulneráveis), crescimento de 3,7% em relação ao ano anterior.

A pesquisa traz um número absolutamente preocupante: em 2021, em média, uma mulher foi vítima de feminicídio a cada 7 horas.

Sendo assim, observa-se a necessidade de salvaguardar de forma específica a integridade física e a vida das mulheres, considerando sua vulnerabilidade nas relações de poder.

3. CASOS BRASILEIROS NA TEMÁTICA DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER SUBMETIDOS AO SISTEMA DA CADH

No tocante à proteção específica das mulheres, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) estabeleceu o comprometimento dos Estados signatários na garantia de uma vida sem violência às mulheres. Declarou ainda que deve ocorrer a prevenção da violência de

gênero, mas sem deixar de lado as necessidades e reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

A primeira atuação da Comissão utilizando-se da Convenção de Belém do Pará é referente ao Caso Maria da Penha. Em 1998, centros brasileiros de defesa dos direitos humanos e Maria da Penha Maia Fernandes, denunciaram o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela ausência de celeridade na tramitação do processo que julgaria e punibilizaria seu companheiro pelas duas tentativas de homicídio cometidas em 1983.

A petição ainda narrou que o Estado brasileiro se mantinha inerte na prevenção de violência doméstica, bem como na reparação efetiva das vítimas.

Três anos após a petição, a Comissão entendeu que o Brasil foi responsável pelo não cumprimento de seus deveres estabelecidos nas alíneas b, d, e, f e g do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em face da sua conduta negligente e omissiva.

Ainda, a Comissão relatou que o país manteve a impunidade em relação à violência doméstica contra as mulheres, recomendando que a decisão do processo de Maria da Penha transitasse em julgado, que houvesse uma responsabilização dos agentes públicos pelos atrasos injustificados, bem como que fossem criadas políticas públicas que pudessem prevenir e punir a violência contra a mulher.

O caso Maria da Penha foi paradigmático na temática da violência contra a mulher, porém, cabe ressaltar que o Brasil não foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos eis que a aceitação de sua competência contenciosa somente foi promovida em 1998, após a ocorrência do fato investigado.

Contudo, tal impedimento não obistou que a Comissão estabelecesse as seguintes recomendações para o Brasil³¹⁶:

a) proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar

316 RELATÓRIO N° 54/01 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CASO 12.051 - MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES vs. BRASIL. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos%20reitera%20ao%20Estado%20Brasileiro,Maria%20da%20Penha%20Fernandes%20Maia>. Acesso em 10/06/2022.

se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável;

b) reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

Seguindo uma das recomendações, em 07 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha foi sancionada para criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Embora tenha sido um grande progresso nacional e internacional na punição das agressões contra a mulher, o Brasil ainda não cumpriu outras recomendações, conforme verificado no Relatório nº 51/01317 elaborado pela própria Comissão Interamericana. Sendo assim, foram realizadas pela Comissão novas recomendações quanto à perpetuação da violência doméstica no país:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a

seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Cabe ressaltar que infelizmente esta não foi a última responsabilização do Estado brasileiro quanto à violência doméstica e discriminações sofridas por mulheres no sistema interamericano. Em 2021, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão do feminicídio de Márcia Barbosa de Souza, praticado por um deputado estadual.

Márcia era uma jovem negra em situação de pobreza e em 1998 foi morta por asfixia pelo deputado estadual Aécio Pereira de Lima. Ocorre que a competência por prerrogativa de função tornou-se um empecilho ao adequado processamento e julgamento do caso de Márcia, sendo o acusado condenado apenas em 2007.

No processamento do caso perante a Corte IDH318, depreendeu-se que durante o julgamento perante as autoridades brasileiras, as características físicas de Márcia foram utilizadas pela defesa do deputado como forma de descredibilizá-la, caracterizando verdadeira discriminação de gênero.

Sendo assim, a Corte entendeu que no Brasil existe uma verdadeira violência estrutural contra a mulher e por isso reconheceu a violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, além dos direitos à integridade pessoal dos familiares de Márcia.

Por fim, no caso Márcia Barbosa, o Brasil foi condenado a reparar de forma adequada aos padecimentos médicos, psicológicos ou psiquiátricos sofridos pela mãe de Márcia, custear os gastos dos tratamentos que sejam necessários.

Além disso, como forma de solucionar a questão das cifras ocultas, determinou-se que o Brasil deve:

a) implementar, respectivamente nos prazos de um e três anos, um sistema nacional e centralizado de recopilación de dados desagregados por idade, raça, classe social, perfil de vítima, lugar de ocorrência, perfil do agressor, relação com a vítima, meios e métodos utilizados, entre outras variáveis, que permitam a análise quantitativa

318 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO BARBOSA DE SOUZA E OUTROS VS. BRASIL SENTENÇA DE 7 DE SETEMBRO DE 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf Acesso em: 10/06/2022.

e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres e, em particular, de mortes violentas de mulheres.

b) criar e implementar, no prazo de dois anos, um plano de formação e capacitação continuada e sensibilização das forças policiais responsáveis pela investigação e a operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, para garantir que contem com os conhecimentos necessários para identificar atos e manifestações de violência contra as mulheres baseadas no gênero, e investigar e processar os perpetradores, incluindo através do oferecimento de ferramentas e capacitação sobre aspectos técnicos e jurídicos deste tipo de delitos;

Sendo assim, podemos perceber que os casos de violência contra a mulher continuam se repetindo em efeito cascata, mesmo com a grande chance de responsabilização internacional do país pela ausência de reparação da vítima ou de respeito ao devido processo legal durante a tramitação das investigações e judicializações das violações dos direitos das mulheres.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada nesse artigo, pode-se observar que, embora inovações normativas tenham sido realizadas nos últimos anos no Brasil, a efetiva prevenção das violências sofridas pelas mulheres ainda não foi alvo de políticas públicas.

Apesar dos casos submetidos às Cortes Internacionais e da responsabilização do Brasil nessa temática, percebe-se que as mesmas violências se repetem todos os dias, o que demonstra a ineficácia desses instrumentos, quando não existem ações preventivas dos atos violentos.

Conclui-se que enquanto não houver um sistema preventivo eficaz, que não só repara e acolhe as vítimas após o ato violento, mas que mude a visão de controle do machismo estrutural, os direitos fundamentais das mulheres continuarão sendo violados.

REFERÊNCIAS

CEDAW – CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. **Violence against women. CEDAW General Recommendation n. 19, A/47/38.** (General Comments), 29/01/92, disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório N° 54/01 Comissão Interamericana De Direitos Humanos - Caso 12.051 - Maria Da Pena Maia Fernandes Vs. Brasil.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos%20reitera%20ao%20Estado%20Brasileiro,Maria%20da%20Pena%20Fernandes%20Maia>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.** 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa De Souza e Outros Vs. Brasil Sentença 7 De Setembro De 2021.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos /seriec_435_por.pdf Acesso em: 10 de junho de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra mulheres em 2021.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf> Acesso em: 10 de junho de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Agência da ONU discute combate à violência contra as mulheres em fórum no Rio.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia-da-onu-discute-combate-a-violencia-contra-as-mulheres-em-forum-no-rio/> Acesso em: 10 de junho de 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

PRISCILLA PEREIRA OLIVEIRA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Única e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente estudo pretende promover uma breve reflexão sobre a responsabilidade civil do Estado, com ênfase na responsabilidade por atos omissivos e a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a evolução da responsabilidade civil até os dias atuais, bem como a evolução jurisprudencial no que se refere à responsabilidade por omissão. A análise é feita a partir das disposições constitucionais, legais, posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, bem como de fatos históricos e sociais que abordam a referida temática.

Palavras Chave: Responsabilidade civil do Estado. Teoria do Risco administrativo. Atos omissivos. Responsabilidade objetiva.

ABSTRACT: The present study intends to promote a brief reflection on the civil responsibility of the State, with emphasis on responsibility for omissive acts and the possibility of applying the theory of strict liability. The present work aims to demonstrate the evolution of civil liability to the present day, as well as the jurisprudential evolution with regard to liability for omission. The analysis is based on constitutional and legal provisions, doctrinal and jurisprudential positions, as well as historical and social facts that address the aforementioned theme.

Keywords: State civil liability. Administrative Risk Theory. Omissive acts. Objective responsibility.

1. INTRODUÇÃO

Após diversos estágios, a responsabilidade estatal evoluiu para permitir a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

A constituição federal assegura a responsabilidade civil do Estado pautada na Teoria do Risco Administrativo, pois segundo o art. 37, §6º, da Constituição Federal, "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores 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".

Diferentemente do direito privado, em que a responsabilidade civil exige a prática de ato ilícito, no direito administrativo ela pode decorrer de atos que, embora lícitos, causem danos a terceiros.

No que se refere aos atos comissivos, a jurisprudência e a doutrina são uníssonas no sentido de ser cabível a responsabilidade objetiva pautada na teoria do risco administrativo.

Todavia, no que se refere à possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos omissivos que ocasionem danos aos administrados, esta vem sendo estudada e debatida há décadas pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Atualmente, chegou-se ao consenso de que o Estado responde objetivamente por atos omissivos quando possui o dever legal de agir para evitar a ocorrência do ato.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se por responsabilidade civil ou responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, o dever “que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trate-se de dano resultando de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.

(...)

A responsabilidade material pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou

comissivo de agente do Estado.

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade. Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos (DI PIETRO, 2016, p. 789-790).

Assim, a responsabilidade estatal pode decorrer tanto de atos lícitos quanto ilícitos, sendo relevante que haja um dano causado a terceiro por comportamento comissivo ou omissivo por parte do agente do Estado.

Até que se chegasse à fase atual, a teoria da responsabilidade do Estado passou por três fases principais: 1ª) teoria da irresponsabilidade estatal; 2ª) teoria da responsabilidade subjetiva; 3ª) teoria da responsabilidade objetiva.

2. 1 Teoria da Irresponsabilidade estatal

A teoria da irresponsabilidade do Estado também é chamada de teoria feudal, regalista ou regaliana, sendo própria dos Estados Absolutistas em que a vontade do Rei tinha força de lei.

Essa teoria advém da concepção político-teológica que sustentava a origem divina do poder, pois os Reis eram considerados “representantes de Deus na terra” e, se Deus não erra, conseqüentemente, os governantes nomeados por Ele também não.

Essa fase pode ser resumida em duas frases que evidenciam bem o espírito do período: “o rei não erra” (“the king can do no wrong” ou “le roi ne peut mal faire”) e “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (“quod principi placuit habet legis vigorem”).

O marco de superação da teoria da irresponsabilidade foi a decisão de 8 de fevereiro de 1873, tomada pelo Tribunal de Contas na França, conhecida como Aresto Blanco, em que o Estado foi condenado por danos provocados pelo exercício das atividades administrativas.

2.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade estatal, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva deveria ocorrer segundo os parâmetros do direito civil, de modo que a vítima deveria comprovar a culpa do agente público para a responsabilização do Estado.

A teoria da responsabilidade subjetiva é aplicada apenas de forma excepcional, em alguns casos pontuais, como exemplo, nos danos por omissão, na responsabilidade pessoal do agente público na ação regressiva e na responsabilidade administrativa ambiental.

2.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva

A teoria objetiva, também chamada de teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público, e encontra fundamento na noção de risco administrativo.

Assim, de acordo com a referida teoria, quem presta um serviço público assume o risco dos danos que eventualmente advierem de sua conduta, independentemente da existência de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade dispensa a análise do elemento subjetivo, qual seja, a intenção do agente.

Após a Constituição Federal de 1988, a discussão acerca da existência de dolo ou culpa limitou-se foi à ação regressiva a ser intentada pelo Estado em face do servidor público.

Assim, a teoria objetiva não exige que o administrado prove o dolo ou culpa do Estado para o pagamento da indenização (o que se dá por ação ou omissão própria), bastando para tanto a demonstração do ato, do dano e do nexo causal.

3. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

As Constituições Federais de 1824 e 1891 não tratavam sobre a responsabilização estatal por prejuízos causados a particulares.

As Constituições de 1934 e 1937, por sua vez, reafirmaram a aplicação da teoria subjetiva, todavia, estabeleceram a responsabilidade solidária entre a Fazenda Pública e o servidor por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de suas funções.

A Constituição de 1946 foi um importante marco em relação à responsabilidade estatal, pois passou a adotar de forma expressa a teoria objetiva. Já a Carta de 1967 acrescentou a necessidade de comprovação de culpa ou dolo para responsabilização do agente público na ação regressiva. Assim, restou pacificado que a responsabilidade do

Estado é objetiva, mas o agente público responde subjetivamente pelos prejuízos que causar no exercício da função administrativa. A Carta de 1969 não trouxe nenhuma novidade sobre o tema.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a responsabilização das “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”, concluindo-se que a responsabilidade objetiva deve ser assegurada ao administrado independentemente de quem tenha prestado o serviço público. Eis a dicção do comando constitucional ora em análise:

Art. 37.

[...]

§ 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.

Assim, de acordo com a CF/88, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva e baseia-se na teoria do risco administrativo.

4. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

O direito brasileiro, com algumas exceções, adota a responsabilidade objetiva pautada na teoria do risco administrativo. Como se adota a teoria do risco administrativo, o Estado poderá eximir-se do dever de indenizar caso prove alguma causa excludente de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, a culpa exclusiva de terceiros e os casos fortuitos ou de força maior.

Em algumas situações observa-se que o pedido de indenização decorre de situação provocada pela própria vítima ou por um terceiro, sendo que nestas hipóteses não há que se falar em responsabilidade do Estado.

Assim, restando comprovada a culpa exclusiva da vítima ou a responsabilidade de terceiro, entende-se que houve um rompimento donexo causal.

Portanto, a responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, uma vez que se admite o seu abrandamento no caso de culpa concorrente do ofendido e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses de caso fortuito e de força maior ou na ocorrência de culpa atribuível ao próprio ofendido ou a

terceiro.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS OMISSIVOS

Há situações em que o comportamento comissivo de um agente público causa prejuízo a particular. São os chamados danos por ação.

Além desses, há a possibilidade de se responsabilizar o ente estatal pelas condutas omissivas que, em razão de um não agir, causem danos aos administrativos, na modalidade de responsabilidade objetiva do Estado.

No que se refere à responsabilidade do Estado por atos comissivos, tal entendimento há muito tempo encontra-se pacificado no sentido de se tratar de responsabilidade objetiva, prescindindo, portanto, da prova da culpa ou dolo do agente público quanto ao ato que gerou o resultado lesivo, incumbindo ao particular demonstrar tão somente o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano ocasionado.

Contudo, surgiram muitas discussões, na doutrina e na jurisprudência, acerca da modalidade de responsabilização do Estado no que se refere às condutas omissivas do Estado, tidas por aquelas em que o cumprimento, ao tempo e ao modo adequado, pelo agente público, evitariam o dano causado ao administrado.

Deveras, muitos doutrinadores já compreenderam que a referida modalidade omissiva de responsabilização do Estado seria de natureza subjetiva, o que ensejaria a demonstração da culpa do agente ou a falha ou mal funcionamento do serviço público para que fosse possível imputar ao ente público o dever de indenizar o dano decorrente dessa omissão.

O STF já entendeu, outrora, ser de natureza subjetiva a responsabilidade civil do Estado nos casos que envolvem omissão na conduta estatal, o que possibilitaria ter evitado o dano causado ao terceiro:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade

civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*. V. - R.E. não conhecido.”(RE 179147, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589 RTJ VOL-00179-02 PP-00791)

No entanto, parcela considerável da doutrina considera que a responsabilidade civil atribuível ao Estado, mesmo nos casos de omissão do ente estatal, também seria objetiva, em razão da redação contida no artigo 37, §6º da Carta Magna, que não fez qualquer distinção entre as condutas comissivas omissivas da Administração.

Nas palavras de Felipe Braga Netto:

A responsabilidade civil, em nossos dias, lida progressivamente com a noção de risco. Neste nosso século, a responsabilidade civil é refuncionalizada, ou seja, é chamada a desempenhar novas funções (sobretudo preventivas e punitivo-pedagógicas). O instituto, além disso, ao lado de sua índole individualística, tem uma forte dimensão função coletiva. A maior proteção à vítima vem conjugada com um processo histórico-normativo que

torna a responsabilidade civil progressivamente objetiva. Isto é, os suportes fáticos das normas que determinam a indenizabilidade dos danos exigem, cada vez menos, a presença da culpa. Indeniza-se, mesmo sem culpa. É assim, por exemplo, em regra, na responsabilidade civil do Estado e na responsabilidade civil no direito do consumidor. Também no direito ambiental. Ampliam-se, fortemente, os espaços do dano injusto indenizável. Há danos individuais e danos coletivos, danos atuais e danos futuros. Indeniza-se, até, hoje, a perda da chance. Lida-se não mais com a certeza do dano clássico, mas com a probabilidade (NETTO, 2017, p. 48-49).

Seguindo essa linha, a Corte Suprema firmou o entendimento de que deve ser aplicada a responsabilidade objetiva do Estado quanto às condutas omissivas no julgamento do Recurso Extraordinário no 841.526, submetido à sistemática da repercussão geral, afirmando que a aplica-se a teoria do risco administrativo também quanto às condutas omissivas do Estado, no caso, a morte de detentos dentro das unidades prisionais, conforme se observa:

EMENTA: 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 para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

2. A omissão do Estado reclama nexos 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 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 inorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorregada a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.

10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. STF. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016.

Na oportunidade, o STF reconheceu que a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado em decorrência da sua omissão específica em cumprir o dever

especial de proteção que lhe é imposto pelo art. 5º, XLIX, da CF/88:

Art. 5º

(...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelos atos omissivos, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos administrados só restará evidenciado quando o ente público tiver o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Situação diversa conduziria à aplicação da teoria do risco integral, que não é admitida pela Constituição Federal nesses casos.

Somado ao dever legal de agir por parte do Poder Público, faz-se necessário demonstrar, ainda, o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano efetivamente provocado ao ofendido em razão da conduta omissiva.

Se o agir do Poder Público era obrigatório em razão de uma obrigação legal, a existência de concausas não se revelam aptas a afastar o nexo causal entre a conduta omissiva estatal e o dano.

Assim, diante de um agir devidamente especificado em lei, é certo que a posição do Estado já encontra-se ali definida, de modo que, se o descumprimento dessa norma jurídica provocar um dano ao particular, restará configurado o dever de indenizar o ofendido com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva.

No caso de danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, a Corte Suprema entendeu que: “quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada, há como se reconhecer nexo causal entre uma suposta omissão genérica do Poder Público e o dano causado, e, conseqüentemente, não é possível imputar responsabilidade objetiva ao Estado”.

De acordo com o entendimento do STF, a fuga de presidiário e o cometimento de um crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, afasta por completo o nexo causal, pois a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos feitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.

Assim, por não haver causalidade direta não restaram preenchidos os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva.

No que se refere à responsabilidade por omissão no dever de fiscalizar o comércio de fogos de artifício em residência, o STF considerou que a omissão no dever legal de fiscalizar determinada atividade, se dano acarretar a terceiro em virtude dessa conduta omissiva específica, gera o dever de indenizar por parte do Estado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR.

1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE.

2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência denexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício.

4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por

danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular". 5. Recurso extraordinário desprovido. STF. Plenário. RE 608880, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Alexandre de Moraes, julgado em 08/09/2020 (Repercussão Geral – Tema 362) (Info 993).

Assim, demonstrado o dano, a omissão de um dever legal de agir e a ausência de uma concausa apta a ocasionar, sem a conduta omissiva estatal, a exclusão do risco administrativo, caracterizada está a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Considerando, no entanto, que a responsabilidade civil neste caso, apesar de ser objetiva, é pautada pela teoria do risco administrativo, o Estado poderá ser dispensado de indenizar se ficar demonstrado que este não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto observa-se que a jurisprudência do STF estabelece uma distinção, para fins de responsabilidade do Estado, entre omissão genérica e omissão específica.

A omissão genérica ocorre naqueles casos em que inexistente uma norma jurídica determinando que o Estado aja de determinado modo, sendo que nesses casos a responsabilidade é subjetiva.

Assim, nos casos de omissão genérica cabe ao ofendido demonstrar o dolo ou culpa quanto ao ato praticado pelo agente estatal.

Já nos casos de omissão específica, que são os casos em que o Estado não agiu para evitar o dano, mesmo existindo norma jurídica prevendo um dever específico de atuação, a responsabilidade seria objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Forense, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 967.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (STF). **Recurso Extraordinário 136861 / SP**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1515920&numeroProcesso=136861&classeProcesso=RE&numeroTema=366>.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (STF). **Recurso Extraordinário 608.880/MT**: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753981868>.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIREITO AGROLABORAL E O TRABALHO ESCRAVO

CAMILA PASSOS DA ROCHA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Servidora Pública Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.

Resumo: A escravidão, no Brasil, possui profunda relação com o trabalho no campo. Apesar de abolida a escravatura há mais de 100 anos, atualmente ainda é possível encontrar inúmeros casos de trabalhadores em condições análogas à escravidão nas áreas rurais deste país. Neste sentido, o presente artigo indica os números do trabalho forçado no Brasil, confrontando a presença deste no meio urbano com o rural, por meio do método quantitativo, pois, fundamentado em dados estatísticos de instituições oficiais e não-oficiais. Para melhor compreensão do tema, analisa-se, ainda, a discussão acerca do conceito de trabalho escravo, que está em voga no Brasil, sobretudo em face da edição da Emenda Constitucional nº 81, de 2014, que incorporou ao ordenamento jurídico nacional a desapropriação-confisco de propriedades em que forem encontrados trabalhadores submetidos a condições análogas à escravidão, e da tramitação, no Senado Federal, do Projeto de Lei nº 243/2013, que tem, dentre outros objetivos, definir o conceito a ser adotado com vistas à aplicação da referida desapropriação. Outrossim, consubstancia-se, também, pelo método qualitativo, visto que desenvolvido com base em doutrina e artigos acadêmicos e não acadêmicos. Verifica-se, ao longo do trabalho, que o número de trabalhadores forçados vem aumentando na área urbana, mas, que estes números devem ser vistos com atenção, pois, no meio rural, em virtude da amplitude territorial e distância dos principais centros urbanos e, conseqüentemente das autoridades governamentais, é certo que é mais difícil de perceber a movimentação de propriedades com trabalhadores forçados. Concluiu-se, pois, pela necessidade de manutenção do conceito que já vem adotado no país, visto que mais abrangente, possibilitando maior proteção dos trabalhadores, e por estar em conformidade com o que preceitua a Organização Internacional do Trabalho, sendo inapropriado falar em falta de segurança jurídica para os proprietários, tanto urbanos como rurais, pois devidamente protegidos pelos preceitos do contraditório e ampla defesa que lhes é garantido tanto nacional quanto internacionalmente. **Palavras-chave:** trabalho rural; trabalho forçado; trabalho em condições análogas à escravidão; desapropriação-confisco.

Abstract: Slavery, in Brazil, has a deep relation with the field. Despite the slavery abolition has happen more than 100 years ago, nowadays it's still possible to find countless cases of workers in slave-like conditions in the rural area of the country. Thus, this article brings the statistics about the forced labour in Brazil, facing the numbers in the urban area with the rural ones, by the quantitative method, as it's based in data obtained from official and non-official institutes. Furthermore, the debate about de concept of slave labour will be analyzed, as it is recurrent in Brazil, mainly due to the edition of de Constitutional Amendment nº 81-2014, that introduced to the national juridical order the expropriation of the type confiscation of properties in which is found slave-like workers, and the approval process, in the Senate, of the bill nº 243/2013, which has, among other goals, establish the concept that will be adopt to comply the referred expropriation. Also, it underpins by the qualitative method, as it's developed on the basis of the doctrine and academics and non-academics articles. Turn out that, in the course of the work, the number of the forced workers is increasing in the urban area, but attention should be given to these numbers because, in the rural area, it's more difficult to suspect of a specific property, due to the extension of the territory and the distance of the main urban centers and, consequently, of the governmental authorities. The conclusion therefore is that we need to keep the concept that is actually adopted in the country, as it is more extensive, giving, to the workers, a bigger protection, and because it combines with the precept of the International Labor Organization. Therefore, it's improper to the proprietaries talk about legal insecurity, as they are regularly protected by the adversary system and full defense, guaranteed equally by the national and the international laws.

Keywords: rural worker; forced worker; slave-like work; expropriation-confiscation.

Introdução

O presente estudo se desenvolve em decorrência do acompanhamento da disciplina direito agroambiental no mestrado em Direito Ambiental na Universidade Estadual do Amazonas e a vontade desta autora de aprofundar os estudos relacionados à publicação da Emenda Constitucional nº 81/2014, que tornou o trabalho em condições análogas à escravidão um dos fundamentos para a desapropriação confiscatória de propriedade no Brasil.

Deve ser publicado, pois, além de apontar e analisar a alteração do polo de concentração majoritário de trabalho forçado do meio rural para o urbano, realiza estudo acerca da conceituação de trabalho escravo com vistas à aplicação da nova redação do artigo 243 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, o presente artigo apresentará os números do trabalho forçado no Brasil, confrontando a presença deste no meio urbano com o rural, bem como analisará a discussão acerca do conceito de trabalho escravo que está em voga, sobretudo no Brasil, em virtude da edição da Emenda Constitucional 81, em 2014 e da tramitação, no Senado Federal, do Projeto de Lei nº 243/2013, que tem, dentre outros objetivos, definir o conceito a ser adotado com vistas à aplicação da referida desapropriação.

Para cumprir com seus objetivos, utilizar-se-á os métodos quantitativo e qualitativo, pois fundamentado em dados estatísticos de órgãos oficiais e instituições não-oficiais, e se baseará em doutrina, artigos acadêmicos, informações obtidas perante endereços eletrônicos de órgãos de fiscalização e reportagens jornalísticas, com as respectivas críticas.

Direito agrolaboral e a Constituição Federal de 1988

Sabe-se que a ciência jurídica é una, afinal, o arcabouço jurídico brasileiro é um todo completo e sem lacunas. No entanto, os operadores do direito vêm, ao longo dos séculos, distinguindo-o em ramos, cada um com sua especificidade e um conjunto de normas e princípios próprios.

Neste artigo, será analisada, inicialmente, a relação entre duas áreas autônomas do direito: a agrária e a do trabalho. Enquanto esta trata de todas as relações de trabalho, conforme o artigo 114 da Constituição Federal de 1988, aquela trata das relações entre o homem e a propriedade rural com vistas à produção de alimentos (MARQUES, 2007) e se fundamenta nos artigos 184 a 191 da Lei Maior.

Como consequência lógica, estas duas disciplinas se convergem quando se fala em relações de trabalho rurais, o que pode ser exprimido pela expressão direito agrolaboral, decorrente da aglutinação dos radicais *agri* e *labore*, significando, respectivamente, campo e trabalho, em latim.

Esta relação está consagrada no artigo 186, inciso III, em leitura sistemática com o artigo 5º, inciso XXIII, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo a qual a propriedade, inclusive a rural, deve atender a sua função social, sendo que esta estará cumprindo com sua função social somente caso, dentre outros fatores, observe as disposições que regulem as relações de trabalho.

Em sua literalidade:

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:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

Neste mesmo sentido, versa o Estatuto da Terra, Lei 4.504, de 1964:

Art. 2º - (Omissis)

Parág. 1º - A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

[...]

d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Portanto, resta claro que o arcabouço jurídico brasileiro se preocupou, não somente com a proteção da propriedade, mas com a sua utilização adequada, o que significa respeitar o meio ambiente, a produtividade da terra e os direitos dos trabalhadores que nela labutam.

Corroborando esta afirmativa, nota-se que a legislação infraconstitucional – Lei 5.889, de 1973, prevê alguns direitos diferenciados para os trabalhadores rurais, em consideração às peculiaridades do labor no campo.

Trabalhador rural e o trabalho escravo

O trabalhador rural possui os mesmos direitos que o trabalhador urbano, vide a cabeça do artigo 7º da Constituição Federal, e ainda possui outros direitos específicos em

virtude da peculiaridade de seu labor. A título ilustrativo, a modificação do aviso prévio para um dia de folga por semana, e a adaptação do horário noturno conforme a atividade seja na lavoura ou na pecuária.

Isto ocorre pois é muito comum que o local de trabalho rural seja muito distante da moradia original do trabalhador, o que enseja uma mudança provisória, ou não, de domicílio e dá azo a muitos tipos de abusos por parte dos empregadores/contratantes da mão de obra, além do fato de que os horários de trabalho com lavoura e na pecuária são distintos do trabalho habitual realizado em centros urbanos.

Ademais, as atividades agrárias, em regra, são desempenhadas em locais distantes dos grandes centros urbanos o que as torna, conseqüentemente, alvos menos frequentes de fiscalização em decorrência das grandes distâncias que precisam ser percorridas e/ou das dificuldades de acesso a tais localidades, se comparadas à proximidade das empresas urbanas. Essa distância permite que haja um frequente desrespeito aos direitos dos trabalhadores rurais mais essenciais, gerando, inclusive muitos casos de trabalho forçado, em condições análogas à escravidão, uma vez que permite, tendencialmente, aos capitalistas da cidade e do campo retirar parcela extraordinária de mais-valia de seus trabalhadores e suas trabalhadoras.

Importante ressaltar que não se trata do trabalho escravo característico da época do Brasil colônia, no qual a população negra vinha da África em navios, em condições subumanas, era posta à venda e, por fim, trabalhava até o fim de sua vida. Trata-se de uma versão contemporânea de exploração de mão de obra barata, caracterizada por, como narrado de forma simples e direta, em uma reportagem veiculada pelo jornal eletrônico G1, em 2013:

Ameaças de morte, castigos físicos, dívidas que impedem o livre exercício do ir e vir, alojamentos sem rede de esgoto ou iluminação, sem armários ou camas, jornadas que ultrapassam 12 horas por dia, sem alimentação ou água potável, falta de equipamentos de proteção, promessas não cumpridas.

Em excelente trabalho intitulado "Perfil do Principais Atores Envolvidos com o Trabalho Escravo Rural no Brasil", de 2011, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), resume bem o histórico dessa versão moderna da escravidão, que tem como uma das principais causas a "falta de alternativas para um contingente que não possui qualquer

qualificação, a não ser a própria força manual de trabalho e a ausência de empregos regulares, tanto no campo como na cidade, [que] obrigam os trabalhadores a aceitarem condições precárias de trabalho.”

É de conhecimento geral que, em regra, o convite ao trabalho tem origem nos fazendeiros, que o fazem por meio de recrutadores de mão de obra denominados “gatos”, que percorrem diversas regiões à procura de trabalhadores rurais temporários. O trabalho acima citado narra que:

Na primeira abordagem, eles [os gatos] se mostram agradáveis, portadores de boas oportunidades de trabalho. Oferecem serviços em fazendas, com garantia de salário, alojamento e comida, além de adiantamentos para a família e garantia de transporte gratuito até o local de trabalho.

Ao chegarem ao local do serviço, os trabalhadores são surpreendidos com situações completamente diferentes das prometidas. Em geral, neste momento, recebem a informação de que já estão devendo. O adiantamento, o transporte e as despesas com alimentação na viagem já foram anotados em um caderno de dívidas. Em casos extremos, até mesmo o custo dos instrumentos de trabalho (foices, facões, moto serras, entre outros) é anotado no caderno de dívidas do gato, bem como as botas, luvas, chapéus e roupas. Finalmente, despesas com os alojamentos e com a precária alimentação serão anotadas, todas elas acima do preço de mercado.

Em geral, as fazendas encontram-se distantes do comércio mais próximo, sendo impossível ao trabalhador não se submeter ao sistema de dívidas. Caso deseje ir embora, será impedido sob a alegação de que está endividado. Aqueles que reclamam ou tentam fugir são vítimas de surras e podem perder a vida (SAKAMOTO, 2007; p. 22). Em alguns casos, guardas armados estão presentes nas fazendas para coagir os trabalhadores que criticam as condições de trabalho. Assim, para prendê-los ao trabalho, os gatos criam mecanismos de endividamento artificial e formas de controle e repressão, geralmente envolvendo violência física e confinamento. (OIT, 2011)

Porém, esta não é uma novidade deste século. Segundo a pesquisa realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), compilado na obra "Trabalho Escravo no Brasil em retrospectiva: referências para estudos e pesquisas", essa prática se iniciou em meados da década de 50 e se agravou na década de 60 do século passado, com o processo de ocupação das Regiões Centro-Oeste e Norte do Brasil, que teve origem no governo de Getúlio Vargas. A ocupação de tais regiões foi acelerada durante o Regime Militar, por meio de fortes incentivos financeiros às grandes empresas, principalmente para o desenvolvimento da atividade agropecuária. Como se depreende do trabalho supracitado, a dinâmica que facilitou o acesso à propriedade das terras e à mão de obra barata por grandes empresas e grupos econômicos, gerou alta concentração de terras, o empobrecimento das populações rurais e indígenas, a violência no campo e o trabalho em condições análogas à de escravo, nos termos acima citados.

Portanto, o modelo adotado no processo de expansão das fronteiras agrícolas, que encontrou leniência do poder público, foi se consolidando ao longo dos anos, sendo possível encontrar até hoje inúmeros casos de cidadãos que vão trabalhar na área rural, por falta de oportunidade e/ou de qualificação para a cidade, e lá tem sua liberdade ceifada, seja por servidão por dívida, seja por coação física, dentre outros tipos.

Finalizando a apresentação das conceituações e breves históricos, necessário explicar que, atualmente, a terminologia mais amplamente adotada para o labor nos termos acima explorados é trabalho forçado, que é o termo adotado pela OIT na Convenção nº 29, sendo que este se verifica tanto em atividades urbanas como atividades rurais. No entanto, em decorrência das condições de afastamento e dificuldade de fiscalização, os casos no campo, por certo, são bem mais numerosos e mais difíceis de serem encontrados, razão pela qual este trabalho terá nele seu enfoque.

Apesar de parecer contraditório, o que se mostrará a seguir é apenas a confirmação do que foi dito no parágrafo imediatamente anterior.

A Comissão Pastoral da Terra (CPT), órgão da Comissão Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que trabalha pela cessação do trabalho escravo, apresentou os dados em relação ao trabalho forçado nos últimos anos.

Interessante ressaltar que, estatisticamente, o quadro comparativo entre o quantitativo de fiscalizações e trabalhadores libertados por escravidão urbana e por escravidão no meio rural vem se invertendo. Até o ano de 2012, a quantidade de

trabalhadores libertados no meio rural era consideravelmente maior que a de trabalhadores libertados no meio urbano. No entanto, em 2013, este quadro se inverteu. Enquanto, em 2012, 29% dos trabalhadores libertados foram em atividades não rurais, representando 14% dos casos identificados, em 2013, este número passou para 53% dos trabalhadores, representando 33% dos casos identificados.

Portanto, é claro que, mesmo que sejam encontrados, atualmente, mais trabalhadores urbanos em condições análogas à de escravos, este número não pode ser considerado como um espelho da realidade, pois as pessoas do interior são menos vistas, é bem mais difícil de encontrá-las, sobretudo quando, por muitas vezes, elas não possuem nem mesmo registro de nascimento, o que é prática sabidamente mais comum do que se desejava, nos interiores mais longínquos do Brasil.

Neste particular, importante destacar a atuação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), no ano de 1995, no âmbito da Secretaria de Fiscalização do Trabalho, do Ministério do Trabalho, para atuação específica no meio rural, com a investigação de denúncias de trabalho escravo. As equipes do GEFM são compostas exclusivamente por Auditores Fiscais do Trabalho, no entanto, várias instituições apoiam as operações por eles realizadas, como o Ministério Público do Trabalho, a Polícia Federal ou Polícia Rodoviária Federal e o Ministério Público Federal.

A principal provocação para a atuação do GEFM são as denúncias, momento a partir do qual se planeja a operação e se vai a campo, obtendo-se, como resultado, a liberação de trabalhadores encontrados em circunstâncias de trabalho análogas à de escravo e punição administrativa e acionamento judicial do proprietário do local onde os trabalhadores se encontravam.

Além de atuar repressivamente, o GEFM atua, também, em campanhas preventivas contra o trabalho escravo (OIT, 2010)

Segundo a página da assessoria de comunicação social do Ministério do Trabalho e Emprego, foi divulgado, em maio de 2015, o balanço dos 20 anos de atividades do grupo. Conforme quadro apresentado, cuja fonte seriam os Relatórios Específicos de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo, foram realizados, desde o início, 1.785 operações pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel, sendo 4.100 estabelecimentos inspecionados, 49.353 trabalhadores resgatados, R\$92.632.026,99 pagos a título de indenização e 48.720 autos de infração lavrados.

A Emenda Constitucional nº 81 de 2014

A fim de fortalecer o combate ao trabalho forçado, por meio da consagração da função social da propriedade, em 2014, foi sancionada a emenda constitucional 81, que alterou o teor do artigo 243 da Constituição Federal. O que antes era lido como:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Passou a ser lido do seguinte modo:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.
(sem grifos no original)

Portanto, a Lei Maior adotou o termo “trabalho escravo” a fim de equipará-lo à cultura de plantas psicotrópicas para o fim de desapropriação confiscatória, qual seja, sem qualquer indenização ao proprietário (CARVALHO FILHO, 2013)

Com a modificação do teor da Constituição e a expressão “na forma da lei” logo após “a exploração de trabalho escravo”, veio à tona a discussão acerca do conceito de trabalho escravo para fins de concretização e efetivação desta norma constitucional.

Sem dúvidas, se faz necessária a conceituação precisa deste termo, na realidade, a regulamentação do que é considerado “trabalho escravo”, a fim de dar segurança jurídica, tanto para aqueles que aplicam a lei, quanto para aqueles que podem ser vítimas, quanto para os que são fiscalizados.

Em âmbito internacional, a Convenção n. 29 da OIT, de 1930, ratificada pelo Brasil em 1957, utiliza a expressão “trabalho forçado” e o conceitua como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente”. Portanto, tem como mote o cerceamento da liberdade do trabalhador e não apenas condições de trabalho degradantes.

No Brasil, desde 2003, é utilizado o termo “condição análoga à de escravo” para caracterizar o tipo penal previsto no artigo 149 do Código Criminal, que, nos termos da referida norma, consiste na submissão do obreiro a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, sujeição a condições degradantes de trabalho ou restrição, por qualquer meio, de sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Outrossim, de modo distinto da Convenção supracitada, para se configurar o tipo penal, existem três possibilidades autônomas, sendo que apenas uma delas se refere à questão da privação da liberdade.

Interessante ressaltar que, segundo a reportagem “Perguntas e respostas sobre o trabalho escravo”, produzida pela Repórter Brasil a pedido da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae) e publicado do domínio trabalhoescravo.org.br, utiliza-se a expressão “trabalho análogo ao de escravo”, pois o trabalho escravo propriamente dito teria sido formalmente abolido em 13 de maio de 1888 e o Estado teria passado a considerar ilegal um ser humano ser dono de outro. Por isto, o que teria permanecido seriam situações semelhantes ao trabalho escravo, tanto do ponto de vista de cercear a liberdade humana quanto de suprimir a dignidade do trabalhador, tratando-o como uma coisa, objeto comercializado, não como um ser humano.

No entanto, em destaque quanto à necessidade de distinção entre trabalho escravo e baixo salário ou más condições de trabalho, a própria OIT, em seu segundo Relatório sobre o Trabalho Escravo, denominado Aliança Global Contra o Trabalho Forçado (2005), asseverou que:

O trabalho forçado não pode simplesmente ser equiparado a baixos salários ou a más condições de trabalho. Tampouco cobre situações de mera necessidade econômica, por exemplo, quando um trabalhador não tem condições de deixar um posto de trabalho devido a escassez, real ou suposta, de alternativas de emprego. Trabalho forçado representa grave violação de direitos e restrição da liberdade humana, conforme definido nas convenções da OIT sobre a matéria e em outros instrumentos internacionais correlatos sobre escravidão, práticas análogas à escravidão, servidão por dívida ou condição servil.

E mais, para que não haja dúvidas do que deve ser combatido, independentemente de nomenclatura, confeccionou o seguinte quadro:

Quadro 1.1 Identificação de Trabalho Forçado na Prática

<p>Falta de consentimento (natureza involuntária do trabalho) ("itinerário" do trabalho forçado) Escravidão por nascimento ou por descendência de escravo / servidão por dívida " Rapto ou seqüestro " Venda de pessoa a outra " Confinamento no local de trabalho – em prisão ou em cárcere privado " Coação psicológica, isto é, ordem para trabalhar, apoiada em ameaça real de punição por desobediência " Dívida induzida (por falsificação de contas, preços inflacionados, redução do valor de bens ou serviços produzidos, taxas de juros exorbitantes, etc.) " Engano ou falsas promessas sobre tipos e condições de trabalho " Retenção ou não pagamento de salários " Retenção de documentos de</p>	<p>Ameaça de punição (meios de manter alguém em regime de trabalho forçado) " Violência física contra o trabalhador ou sua família ou pessoas próximas " Violência sexual " (Ameaça de) represálias sobrenaturais " Prisão ou confinamento " Punições financeiras " Denúncia a autoridades (polícia, autoridades de imigração, etc.) e deportação " Demissão do emprego atual " Exclusão de empregos futuros " Exclusão da comunidade e da vida social " Supressão de direitos ou privilégios " Privação de alimento, habitação ou de outras necessidades " Mudança para condições de trabalho ainda piores " Perda de status social</p>
---	---

identidade ou de pertences pessoais de valor	
--	--

Portanto, preenchendo ao menos um dos requisitos de cada coluna, estar-se-á diante de uma situação de trabalho forçado, ou como entender cada dispositivo nacional, sendo necessário ressaltar que o rol não é taxativo, mas realizado a fim de nortear uma conceituação alinhada com o entendimento da norma internacional.

Outrossim, apesar do destaque acima apontado, esse mesmo relatório se manifesta acerca da terminologia brasileira (OIT, 2005): “No Brasil, a expressão preferida para práticas coercitivas de recrutamento e emprego em regiões remotas é ‘trabalho escravo’; todas as situações cobertas por essa expressão parecem enquadrar-se no contexto das convenções da OIT sobre trabalho forçado.”

O conceito esposado pelo Ministério do Trabalho e Emprego é, segundo a Instrução Normativa nº 91, de 5 de outubro de 2011:

Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

I - A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;

II - A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;

III - A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;

IV - A restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;

V - A vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

VI - A posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 1º. As expressões referidas nos incisos de I a VI deverão ser compreendidas na forma a seguir:

a) "trabalhos forçados" - todas as formas de trabalho ou de serviço exigidas de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente, assim como aquele exigido como medida de coerção, de educação política, de punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente, como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico, como meio para disciplinar a mão-de-obra, como punição por participação em greves ou como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa;

b) "jornada exaustiva" - toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde;

c) "condições degradantes de trabalho" - todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde, e que, em virtude do trabalho, venha a ser tratada pelo empregador, por preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa; (Retificado - DOU 13/10/2011)

d) "restrição da locomoção do trabalhador" - todo tipo de limitação imposta ao trabalhador a seu direito fundamental de ir e vir ou de dispor de sua força de trabalho, inclusive o de encerrar a prestação do trabalho, em razão de dívida, por meios diretos ou indiretos, por meio de coerção física ou moral, fraude ou outro meio ilícito de submissão; (Retificado - DOU 13/10/2011)

e) "cerceamento do uso de qualquer meio de transporte com o objetivo de reter o trabalhador" - toda forma de limitação do uso de transporte, particular ou público, utilizado pelo trabalhador para se

locomover do trabalho para outros locais situados fora dos domínios patronais, incluindo sua residência, e vice-versa;

f) "vigilância ostensiva no local de trabalho" - todo tipo ou medida de controle empresarial exercida sobre a pessoa do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho;

g) "posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador" - toda forma de apoderamento ilícito de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho;

Portanto, o órgão de fiscalização adota conceito abrangente e detalhado do que seria considerado trabalho em condições análogas à de escravo.

Muito se fala, por outro lado, que este conceito amplo é temerário e que requer cuidados ao ser aplicado, pois não deve ser confundido com simples descumprimento de normas trabalhistas, haja vista que, para estes casos, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) já estabelece sanções proporcionais.

No entanto, tal afirmativa não é cabível, pois é de se ressaltar que a instrução normativa não será aplicada por pessoa leigo, mas por um Auditor Fiscal do Trabalho, que foi aprovado em concurso público e que tem como função zelar pelo cumprimento da legislação e não apenas complicar a vida das empresas. Portanto, tanto a ausência dos conceitos é um risco para os trabalhadores, quanto a presença é um risco para os empregadores. E, como tal, deve ser aplicado com razoabilidade, tendo o operador de direito que utilizar sua experiência e *expertise* para verificar se o descumprimento das leis é exclusivamente um descumprimento de leis ou se, observadas num contexto, considera-se trabalho escravo. Afinal, não se está lidando com animais irracionais - que tampouco merecem tratamento desrespeitoso, mas cujas nuances são distintas - mas sim com seres humanos. Logo, para um lado ou para outro, caso o legislador queira presumir má-fé sob o manto da "insegurança jurídica", é possível imaginá-la sob os dois aspectos. Portanto, considerando que, em regra, os proprietários rurais com numerosos trabalhadores possuem muito mais condições de se defender e demonstrar que não submetem seus trabalhadores a condições análogas à de escravo, a inclusão de jornada exaustiva e condições degradantes no conceito é medida que se exige. Desse modo, há a consagração do princípio da proteção, afinal, sua presença poderá ser ponderada pelo Auditor Fiscal do Trabalho, sua ausência, não.

E bastará a ausência de tipificações nos moldes exatos do artigo 149 do Código Penal para ser afastada a incidência de trabalho escravo, o que, convenhamos novamente, é consideravelmente fácil de se fazer quando se possui dinheiro e capacidade de influenciar politicamente, características essas que são praticamente impossíveis de se encontrar em trabalhadores rurais.

Neste sentido, a própria Instrução Normativa, destaca:

§2º. Ao identificar qualquer infração que possa caracterizar uma ou mais das hipóteses previstas nos incisos I a VI do caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho deverá lavrar os respectivos autos de infração, indicando de forma explícita no corpo de cada auto que aquela infração, vista em conjunto com as demais, caracteriza trabalho realizado em condição análoga à de escravo.

Logo, observa-se ser condição para a configuração da condição de trabalho análoga à de escravo, uma leitura contextualizada e geral pelo Auditor Fiscal do Trabalho.

A fim de dar cabo às discussões e permitir a sua eficácia, o Congresso Nacional discute o teor da lei que regulamentará o referido artigo, por meio da Projeto de Lei 243/2013, de atual relatoria do Senador José Medeiros, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, onde começou a tramitação do projeto.

O projeto de lei visa, segundo a ementa, que pode ser encontrada no sítio do Senado Federal (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>): a) definir o conceito de trabalho escravo; b) estabelecer que o mero descumprimento da legislação trabalhista não caracteriza trabalho escravo; c) determinar que todo e qualquer bem de valor econômico – apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou da exploração de trabalho escravo – seja confiscado e revertido ao Fundo Especial de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Drogas Afins – FUNPRESTIE; d) estabelecer que os imóveis rurais e urbanos que devido às suas especificidades não forem passíveis de destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular, poderão ser vendidos e os valores decorrentes da venda deverão ser remetidos ao FUNPRESTIE; e) determina que nas hipóteses de exploração de trabalho em propriedades pertencentes à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou em propriedades pertencentes às empresas públicas ou à sociedade de economia mista, a responsabilidade penal será atribuída ao respectivo gestor; f) estabelece que a ação

expropriatória de imóveis rurais e urbanos em que forem localizadas a exploração de trabalho escravo observará a lei processual civil, bem como a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra o proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo; g) elenca as finalidades e as fontes de recursos do FUNPRESTIE.

O Projeto de Lei, cumprindo com seu primeiro objetivo, trouxe, no §1º, o que seria considerado trabalho escravo para os seus fins. E assim dispõe: I – a submissão a trabalho forçado, exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, ou que se conclui da maneira involuntária ou com restrição da liberdade pessoal; II – o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; III – a manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou a apropriação de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; e IV – a restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com empregador ou preposto.

E, como era de se esperar, esta conceituação vem sendo arduamente criticada pela doutrina e por instituições que atuam no combate ao trabalho forçado, alegando retrocesso do referido projeto, neste particular.

Dentro do próprio Senado, houve manifestação pela inclusão da remissão a condições degradantes ou jornada exaustiva, o que foi objeto de 10 emendas do plenário, das 55 apresentadas no total, conforme parecer da Comissão Mista destinada a consolidar a legislação federal e a regulamentar dispositivos da Constituição Federal (CMCLF), que não aprovou qualquer delas, sob o argumento de que não se recomenda a “cristalização da lei”.

Posteriormente, o processo foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, oportunidade em que a Procuradoria Geral do Trabalho, instada a se manifestar sobre o projeto, alegou que entende desnecessária a modificação do conceito de trabalho escravo, entendendo suficiente aquela adotada pelo art. 149 do Código Penal Brasileiro. Deste modo, sugere a inclusão do inciso V no parágrafo supracitado, com o seguinte teor “V – a submissão de trabalhador a condições degradantes ou a jornada exaustiva”, acompanhado das seguintes alíneas:

- a) Entende-se como jornada exaustiva, a que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, risco à sua segurança e/ou à sua saúde física ou mental, e decorra de situação que, por qualquer razão, torne irrelevante a sua vontade.

- b) Entende-se por condições degradantes de trabalho, as que correspondem a todas as formas de desrespeito à dignidade da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde e, em especial, os referentes à higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrente de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador.

Portanto, observa-se que, em âmbito legislativo, há muita controvérsia acerca de qual conceito de trabalho escravo deve ser adotado, sendo que tanto os que apoiam a extensão do artigo 149 do Código Penal, quanto aqueles que optam pela redução do conceito, ambos se fundamentam na segurança jurídica para exortar a opção contrária.

Não por outro motivo o projeto de lei foi arquivado ao fim da legislatura, em 21/12/2018, conforme informação atualizada no sítio suprainformado.

Conclusão

Observa-se que, ao longo dos anos, a sociedade civil, o governo e entidades não governamentais internacionais se articulam, por meio de vários *fronts*, no intento de erradicar o trabalho forçado no Brasil, prática que viola os mais básicos direitos humanos, e, embora sutis, têm sido alcançados alguns resultados.

Destaca-se, ainda, das informações obtidas, que, nos últimos anos, houve maior fiscalização e recuperação de pessoas que se encontravam em circunstâncias análogas à de escravo, sobretudo no meio urbano. No entanto, tal cenário não encontra paralelo no meio rural, tendo em vista que os trabalhadores do campo estão deveras mais distantes dos olhos da sociedade e do governo, sendo necessário um esforço ainda maior para obter resultados verdadeiramente expressivos, com enfoque, sobretudo na busca por esses trabalhadores nas carvoarias, plantações de cana de açúcar, na lavouras e na agropecuária.

Há esperança, pois, que, com o novo instrumento de coerção inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº. 81, qual seja, a possibilidade de desapropriação de terras por utilização de trabalho forçado, sejam alcançados melhores resultados nos próximos anos. Em tese, com a aplicação de punição tão gravosa, os principais atores escravizadores, teriam menos estímulos para a adoção dessa prática, pois correriam o risco de perder parte do seu patrimônio, o que se tornaria menos vantajoso do que manter a exploração da mão de obra humana de forma degradante a fim de obter a maior margem de lucro.

Resta saber, para tanto, se a referida alteração constitucional terá força jurídica para gerar efetivas investigações, punições e suas respectivas manutenções pela cúpula do poder judiciário brasileiro, em detrimento dos interesses dos latifundiários brasileiros.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Editora Atlas: São Paulo, 26ª edição.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, Diário Oficial da União de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15.11.2015.

_____. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957**. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Brasília, Diário Oficial da União de 28.06.1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm>. Acesso em: 29.11.2015.

_____. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 30.11.1964, retificado em 17.12.1964 e retificado em 06.04.1065. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 15.11.2015.

_____. **Lei 5.889, de 08 de junho de 1973**. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Brasília, Diário Oficial da União, 11.06.1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm>. Acesso em: 14.11.2015.

_____. **Constituição da República Federativa Brasileira de 1988**. Brasília, Diário Oficial da União, 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 14.11.2015.

_____. **Instrução Normativa nº 91, de 05 de outubro de 2011**. Dispõe sobre a fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 06.10.2011. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/In_Norm/IN_91_11.html> . Acesso em: 14.11.2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 432, de 2013.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>> Acesso em 20.11.2015.

_____. **Relatórios Específicos de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo,** em: MTE apresenta balanço do trabalho escravo nos 20 anos de atuação do Grupo Móvel. Disponível em: <<http://blog.mte.gov.br/trabalho/detalhe-2974.htm#.VluPxXarQgs>>. Acesso em: 01.12.2015.

_____. **Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: Referências para estudos e pesquisas.** Janeiro de 2012. Disponível em: <http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec_t_rab_escravo.pdf> Acesso em: 29.11.2015

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA NACIONAL. **Síntese Estatística em 31/12/2013 (atualização 23/06/14) - Campanha da CPT contra o Trabalho Escravo.** Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/attachments/article/2258/S%C3%ADntese%20estat%C3%ADstica%20do%20TE%202013%20-%20ATUALIZADA%20em%2023.06.2014.pdf>> Acesso em: 22.11.2015.

GIRORDI, Eduardo Paulon; MELLO-THÉRY, Neli Aparecida de; THÉRY, Hervé; e HATO, Julio. Mapeamento do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: dinâmicas recentes. In: **Espaço e Economia.** [Online], 4 | 2014. Disponível em: <<http://espacoeconomia.revues.org/804>> ; DOI : 10.4000/espacoeconomia.804. Acesso em: 20.11.2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil.** Brasília: OIT, 2011 1 v. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/Relat%C3%B3rio%20OIT.%20Trabalho%20Escravo%20Rural%20Brasil.%202011.pdf>>. Acesso em 07.11.2015.

_____. **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil : a erradicação do trabalho análogo ao de escravo.** Brasília: OIT, 2010. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf>. Acesso em: 29.11.2015)

PAIVA, Eduardo França Paiva. **Trabalho compulsório e escravidão: usos e definições nas diferentes épocas.** Disponível em: <<http://www.esclavages.cnrs.fr/IMG/pdf/TextoEscravidaoModernaCahiersAfriocaine.pdf>> Acesso em: 01.12.2015.

SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Conferência Internacional do Trabalho. 89ª Reunião, 2001, Relatório I (B). GENEBRA. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/nao_trabalho_forcado_311.pdf> Acesso em: 10.11.2015.

SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. Aliança global contra trabalho forçado. **Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO 93ª REUNIÃO. Relatório I (B). Genebra, 2005. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/relatorio_global_2005_alianca_contra_trabalho_forcado_316.pdf> Acesso em: 10.11.2015.

REPÓRTER BRASIL. **"Perguntas e respostas sobre o trabalho escravo"**, produzida a pedido da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae). Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/tres-mentiras-sobre-o-trabalho-escravo.>> Acesso em: 01.12.2015.

GUARDA COMPARTILHADA E A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

LETÍCIA FERNANDA MATHEUS ZANINI:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul - UNIFUNEC

EDUARDO CURY

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar uma análise crítica da guarda compartilhada como meio de prevenção da síndrome da alienação parental. Tem como objetivo mostrar que a guarda compartilhada é um mecanismo que garante a igualdade na educação, educação e proteção dos filhos, pois visa atender ao melhor interesse da criança e do adolescente com base na convivência e responsabilidade compartilhada entre os pais. A tutela compartilhada é vista como o modelo mais adequado, pois outros modelos existentes no ordenamento jurídico buscam apenas atender aos interesses dos pais. À medida que a taxa de ruptura do relacionamento conjugal aumenta, há uma discussão crescente sobre a síndrome da alienação parental, que constrói o individualismo e os relacionamentos especiais, e as sequelas comportamentais e emocionais que afetam os relacionamentos pais-filhos. Dessa forma, a própria guarda compartilhada é o único mecanismo eficaz contra essa síndrome, pois proporciona uma melhor relação entre pai e filho e cria uma divisão de responsabilidades sob eles. A abordagem utilizada na formulação do trabalho acima foi uma revisão bibliográfica baseada em pesquisa bibliográfica, por meio de métodos dedutivos, jurisprudência e análise teórica, envolvendo bases de dados consultadas para a elaboração deste trabalho, tais como DINIZ, Maria Helena, etc. bases de dados bibliográficas. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Volume 5. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007 e NETO, Caetano Lagrasta; Tatus, Flavio; Simio, José Fernando. Direito de Família: Tendências Emergentes e Julgamentos Icônicos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 159 e bases de dados de referência e BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Melhor interesse para o menor. Síndrome de Alienação Parental.

ABSTRACT: The present work aims to present a critical analysis of shared custody as a means of preventing the parental alienation syndrome. It aims to show that shared custody is a mechanism that guarantees equality in the education, education and protection of children, as it aims to meet the best interests of the child and adolescent based on coexistence and shared responsibility between parents. Shared guardianship is seen as the most appropriate model, as other existing models in the legal system only seek to meet

the interests of parents. As the rate of marital relationship breakdown increases, there is growing discussion about the parental alienation syndrome, which builds individualism and special relationships, and the behavioral and emotional sequelae that affect parent-child relationships. In this way, shared custody is the only effective mechanism against this syndrome, as it provides a better relationship between father and child and creates a division of responsibilities under them. The approach used in the formulation of the work above was a bibliographic review based on bibliographic research, through deductive methods, jurisprudence and theoretical analysis, involving databases consulted for the preparation of this work, such as DINIZ, Maria Helena, etc. bibliographic databases. Brazilian Civil Law Course: Family Law. Volume 5. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007 and NETO, Caetano Lagrasta; Tatus, Flavio; Simio, Jose Fernando. Family Law: Emerging Trends and Iconic Judgments. São Paulo: Atlas, 2011, p. 159 and reference databases and BRAZIL. Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

Keywords: Shared custody. Best interest to the minor. Parental Alienation Syndrom

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece que é direito de todos constituir uma família, sendo dever do Estado ampará-la e protegê-la.

Inicialmente, o presente trabalho busca expor em seu capítulo primário breves análises a respeito do poder familiar, tais como mudanças determinantes que desencadearam transformações no ambiente familiar. O poder familiar caracteriza-se por conceber direitos e deveres aos pais sob os filhos, sendo a guarda uma das obrigações conferida aos mesmos. A Constituição Federal de 1988, estabelece ao homem e a mulher igualdade de direitos e deveres em todos os aspectos, principalmente ao que diz respeito a sociedade conjugal.

No segundo capítulo, o trabalho aborda as modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico, sendo elas: guarda alternada, unilateral, compartilhada e guarda aninhada. A guarda compartilhada, visa proteger os filhos e tem como base de sustentação o princípio do melhor interesse para o menor. Esse modelo de guarda, proporciona a convivência entre os integrantes do núcleo familiar, tendo cada genitor sua parcela de responsabilidade sobre o infante, fato que não se concretiza nas demais modalidades de guarda, pois criam barreiras que dificultam o convívio harmônico entre os membros da família.

Dessa forma, a guarda compartilhada é a melhor alternativa para assegurar com que os laços afetivos permaneçam, pelo simples fato de que os pais, conjuntamente, poderão continuar exercendo o poder parental.

O último capítulo discute a respeito da Síndrome de Alienação Parental, oriunda das constantes disputas dos pais pela guarda dos filhos. A síndrome, na maioria dos casos, origina-se da não aceitação da separação por um dos cônjuges e buscando descontar o seu inconformismo na parte contrária utiliza-se de argumentos falsos para afastar a criança do outro genitor e familiares.

As mentiras contadas a criança, faz com que ela rejeite o genitor alienado, mas por outro lado, as consequências que decorrem da alienação parental são bem maiores, tais como transtornos psicológicos e emocionais.

Dessa maneira, buscando assegurar a proteção dos filhos nos conflitos parentais, em específico a síndrome de alienação parental, a guarda compartilhada mostra de extrema eficácia no combate da síndrome, uma vez que, constitui o modelo adequado capaz de proporcionar o convívio entre pais e filhos.

2 PODER FAMILIAR: ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL

Inicialmente, para compreendermos o conceito e origem da terminologia “poder familiar”, faz-se necessário retomarmos a tempos remotos e analisar a elaboração do Código Civil de 1916.

Foram inúmeras tentativas e projetos para a elaboração de um Código Civil, porém, no ano de 1916 foi promulgada a Lei nº 3.071/1916. O Código Civil de 1916, acompanhou o raciocínio do direito lusitano, baseado no rol da Constituição da República de 1891. Nessa época a sociedade era considerada patriarcal, hierárquica e matrimonializada, e no seio familiar a única direção a ser seguida era aquela imposta pelo marido.

Deste modo, é perceptível que o pátrio poder se consolidava nas mãos do patriarca pelo simples fato de ser o chefe da família. A figura da esposa por outro lado, ocupava um lugar secundário na hierarquia de direitos, o artigo 6º da Código Civil de 1916, estabelecia que a mulher era considerada relativamente incapaz, pois, após o casamento perdia o direito à administração de seus bens e a ela era imposto inúmeras limitações, a colocando em uma posição de inferioridade.

Conclui-se que, o modelo de família visto pelo legislador ao redigir o Código Civil em sua versão original, corresponde a uma família dominada pelo princípio da unidade de direção, a família possui um chefe, ou seja, o marido.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962), grande marco da emancipação jurídica feminina, trouxe consigo grandes avanços no seio familiar, uma vez que, a mulher casada deixou de ser considerada relativamente incapaz, passando a ter

plena capacidade na relação matrimonial. Com isso, o papel da mãe passa a ser mais valorizado e a ganhar relevância, deixando de ser não somente um problema jurídico, mas também político, sociológico e moral.

A Lei 4.121/65 forneceu a mulher plena capacidade civil, deixando de ser relativamente incapaz e no exercício do pátrio poder, lhe concedeu um papel concreto tornando-se colaboradora junto a seu marido, porém, a chefia da sociedade matrimonial ainda se concentrava nas mãos do esposo.

Tempos depois, a Constituição Federal de 1988 se consolidou com o intuito de atender os anseios de uma sociedade mais justa, fraterna e com menos patrimonialismo. A sua entrada em vigor foi considerado um marco histórico de modernização para o direito de família, principalmente ao que se diz respeito à igualdade entre indivíduos, consagrado em seu artigo 5º, inciso I, 226, parágrafo 5º e 227, parágrafo 6º, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e a igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua condição.

Além das modernas inovações trazidas, o direito de família sofreu uma revolução, ampliando o conceito de entidade familiar, deixando de considerar somente as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos, mas acolhendo a união estável e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, conforme se verifica nos artigos 226, parágrafo 3º e 4º da Constituição Federal.

O documento à cima mencionado, alterou a visão das crianças nos olhos da sociedade, deixando de ser tratada como objeto, à mercê dos pais e passando a ser tratado como ser humano em desenvolvimento.

Assim sendo, com a instauração da Constituição Federal de 1988, aplicou-se o princípio da proteção as crianças, as relações entre pais e filhos sofreram alterações e o dispositivo que fornecia poder ao pai, com a mera contribuição da mãe, não foi aceito. O pátrio poder deixou de se concentrar nas mãos de um único ente familiar e passou a ser exercido por ambos os pais, em igualdade de condições.

Conseqüentemente, originou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), substituindo o Código de Menores, com base na Constituição Federal de 1988, trouxe disposições expressas sobre o pátrio poder e, tendo como principal objetivo implantar a igualdade.

A Lei nº 8.069/90 não difere e muito menos faz preferência entre os genitores, pelo contrário, implanta o equilíbrio e igualdade entre eles, cabendo aos mesmos, direitos e deveres em concordância com a Constituição Federal e o novo Código Civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preencheu inúmeras lacunas deixadas pela Constituição Federal 1988, porém, algumas questões ficaram pendentes, que foram solucionadas pelo Código Civil de 2002, com inovações trazidas em relação à evolução do pátrio poder para o poder familiar.

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), trouxe inovações em concordância com a Constituição Federal de 1988, e foi elaborado com base na boa-fé e sentimento social, não sendo mais classificado com um Código individualista como o de 1916.

Buscando implantar a igualdade, o novo Código Civil efetuou suas inovações por meio da substituição da nomenclatura pátrio poder pela terminologia “poder familiar” adequando-se a nova realidade social, evitando assim a elaboração de uma nova figura jurídica.

3 DA GUARDA

Guarda, palavra originada do latim *guardare* e do germânico *wardem*, cujo significado pode ser traduzido nas expressões proteger, conservar, olhar e vigiar. Das expressões encontradas, temos a terminologia “ter sob os olhos”, que remete a necessidade de cuidar, zelar alguém, de proteger, de proximidade física, do contato contínuo, provocando uma relação de troca entre os sujeitos.

Inúmeros doutrinadores manifestam a ideia de que o direito de guarda trata-se de um direito de posse, este pensamento de ligar posse a guarda perdurou nos meios jurídicos brasileiro até recentemente, tal pensamento podemos considerar equivocado, tratando-se de uma falsa ideia que gerou a convicção de que guarda dos filhos é um privilégio, é um direito pessoal intocável.

Mário Aguiar Moura (1980,p.15) estabelece que a guarda, “em sentido jurídico, representa convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico. A guarda é dever que supõe não só a presença física do detentor, pai ou mãe, mas a presença na educação e na formação do menor”.

Entende-se que a guarda é de pura e exclusiva responsabilidade dos pais para com os seus filhos, devendo lhes fornecer amor, moradia, subsistência, educação, formação moral e social, e estarem presentes na medida do possível para o melhor desenvolvimento pessoal, familiar e social dos filhos, visando sempre o interesse do menor.

A guarda deve atender o melhor interesse da criança. Dessa forma, vindo a ocorrer a dissolução conjugal é preciso definir qual dos pais será o guardião do menor. Cabe ressaltar que a guarda poderá ser consensual, quando há acordo de vontade entre os pais, ou judicial, arbitrada pelo juiz.

O artigo 1584, § 5º do Código Civil estabelece que não havendo acordo entre os pais quanto à guarda de seus filhos, será atribuído àquele que apresentar melhores condições para exercê-la. Ainda, deixa claro que a guarda será concedida a outra pessoa, nas hipóteses de conflito entre os pais, tendo preferência os membros da família que tenham afinidade e afetividade com os menores.

Conseqüentemente, se faz necessário estudarmos os desdobramentos em relação a guarda, sendo elas: guarda unilateral, alternada e compartilhada.

4 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral ou monoparental, prevista no artigo 1583, §1º do Código Civil, decorre da separação fática, judicial ou do divórcio dos pais, mas também da dissolução da união estável, como ainda do abandono de um ou de ambos os cônjuges, da morte de um dos genitores e também por consequência da paternidade não revelada.

A guarda é um dos atributos do poder familiar, e quando concedida a um dos genitores, importará em limitações ao seu exercício pelo que não a detém. Tal forma de guarda é muito criticada, pois se entende que há um afastamento emocional entre os filhos e os genitores não guardiões, principalmente quando é determinado um rígido sistema de visitas, estabelecendo entre o filho e o genitor não guardião uma relação formal, distante e burocrática, pois os encontros com o tempo irão se tornar raros e restritos, desaparecendo assim, a verdadeira relação entre pai e filho.

Com base nos critérios apontados à cima, a guarda unilateral é inviável, uma vez que se trata de uma modalidade que enfraquece e afasta o pai não guardião dos laços afetivos.

5 GUARDA ALTERNADA

Nesse modelo de guarda, os deveres são repartidos entre os pais, em períodos alternados, ou seja, cada um estará com o filho por um período de tempo determinado, seja um dia, uma semana ou um mês, e, no termino deste, a guarda se inverte, durante esse período de tempo determinado, possuirá de forma exclusiva a totalidade dos poderes e deveres sobre a criança.

A guarda alternada está prevista no artigo 1586 do Código Civil e tem sido considerada inconveniente na prática judicial brasileira, pois a divisão do tempo de

permanência dos pais com os filhos torna-se um arranjo voltado a atender os interesses dos pais e não em beneficiar os filhos.

A divisão do tempo cria a ausência de identidade dos filhos no tocante à sua habitação, a frequente mudança de domicílio fragiliza ou causa a perda de amizades, comemorações, referências e estabilidade, principalmente se os pais residirem em cidades diversas, ou em bairros distantes. Além disso, nesse tipo de guarda, acaba criando-se “o filho mochileiro”, terminologia que não foi bem recepcionada pelo direito brasileiro.

Vale salientar que muitas vezes a guarda alternada é confundida com a guarda compartilhada, porém as diferenças são inúmeras: na guarda alternada, a criança alterna a residência, ora ficando com o pai e ora com a mãe, método não aconselhado pela doutrina e jurisprudência; na guarda compartilhada, respeita-se o princípio de que a criança deve ter uma residência fixa.

6 GUARDA COMPARTILHADA

Guarda compartilhada ou guarda conjunta é a forma pela qual os pais conservam mutuamente o direito de guarda e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados. A noção de guarda conjunta está ligada a ideia de uma co-gestão da autoridade parental. É um chamamento dos pais que vivem separados, para exercerem conjuntamente autoridade parental, como faziam na constância do casamento ou da união estável.

Nesse modelo de guarda, os pais terão mais acesso aos filhos mesmo residindo em domicílios diferentes, porém devemos frisar que se respeitará a estrutura de uma só residência, pois se vê prejudicial a alternância de imóvel, devendo o filho morar efetivamente com um dos pais e o outro deverá disponibilizar sua casa de modo que os filhos a sintam como sua, passando a ter seu espaço (quarto, cama, brinquedos, entre outros). Devemos ressaltar que na guarda compartilhada por mais que os pais não convivam sob o mesmo teto, ambos possuem de forma igualitária poderes sobre os seus filhos, cabendo aos mesmos tomarem decisões em conjunto, preservando o bem estar e a segurança do menor.

A guarda compartilhada, exige e depende do bom relacionamento e convivência dos pais, para que haja uma divisão que não gere mais conflitos para os filhos. Apesar do casamento ou união estável acabar, a parentalidade se mantém e os vínculos de afeto serão preservados.

O objetivo da guarda compartilhada, além da proteção dos filhos, é minimizar os traumas e demais consequências negativas que a separação possa provocar.

Compreende-se que a guarda compartilhada se apresenta como a melhor forma de guarda quando há o consenso dos pais, com respeito mútuo, que desejam manter a convivência contínua com os filhos, devendo ser examinada sua saúde mental e física, aspectos econômicos, culturais e sociológicos. É a forma de guarda que melhor atenderá aos interesses dos filhos, pois continuarão convivendo com os dois genitores, que, por sua vez, serão mais presentes e participativos.

7 GUARDA ANINHADA

Denominada guarda nidação ou “aninhamento”, trata-se de uma modalidade rara em nossa sociedade, mas não proibida em nosso Direito. O mencionado modelo de guarda tem por objetivo manter os filhos no “ninho”, uma residência fixa com suas rotinas, na qual, os genitores, por períodos alternados e pré-estabelecidos, revezam-se na moradia. O principal objetivo do aninhamento é minimizar ao máximo o sofrimento da criança no pós-separação, por isso a ideia de mantê-la em seu ambiente, onde já está familiarizada.

Assim como na vida, há prós e contras no modelo de aninhamento. As manutenções da rotina dos filhos é um dos pontos positivos, uma vez que não precisam mudar de uma residência para outra de tempos em tempos. Ao analisarmos o lado emocional, o aninhamento é bem visto por colocar a criança no centro do núcleo familiar e priorizar o seu bem estar.

Durante o processo de separação não existe uma regra a respeito de qual modelo de guarda é melhor para a criança ou para a família, cada caso é um caso, o ninho nos remete ao conforto, familiaridade, segurança, características que supostamente são presentes em um lar estável. A ausência de um dos genitores significa, portanto, um ninho incompleto.

No aninhamento, assim como nos demais modelos de guarda mencionados anteriormente, a boa relação entre os pais é imprescindível ao seu funcionamento. O modelo de aninhamento exige uma certa inteligência emocional por parte dos pais, uma vez que a convivência com o ex- companheiro será frequente, devendo se apegar a ideia de que a escolha foi feita em prol dos filhos.

Devemos entender que a partir do momento em que acontece o rompimento do compromisso entre os pais, há uma separação na família, portanto, para os filhos, aquela primeira configuração da família deixa de existir, sendo necessário a construção de uma outra. Nesse caso, há uma espécie de luto elaborado, denominado luto da separação, devido a perda da rotina e dos papéis construídos dentro deste contexto familiar sendo necessário estabelecer um novo equilíbrio.

8 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental ocorre no momento em que o genitor guardião de uma criança ou adolescente ou avós, quem tenha estes sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, acaba implantando falsas e distorcidas memórias, desfazendo a real imagem do genitor visitante, através de uma desqualificação reiterada da conduta deste no exercício da paternidade ou maternidade.

A Lei nº 12.318/2010 instituiu a Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro que traz a seguinte resolução:

Art. 2º Considera-se ato de Alienação Parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Compreende-se que a Alienação Parental trata-se portanto de uma programação de uma criança ou adolescente para que desenvolva um sentimento negativo contra um de seus genitores, sem justificativa, configurando um ato antiético, ferindo o dever de cuidado.

9 SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome de Alienação Parental está ligada aos litígios no ambiente familiar, nas questões relacionadas a separação conjugal e a guarda dos filhos, conhecida pelas siglas SAP, ou também pelas denominações “implantação de falsas memórias” ou “abuso do poder parental”, consiste no implantar a rejeição, no qual, a criança de forma injustificada rejeita um dos genitores após o divórcio. Essa rejeição injustificada, é atribuída por meio de uma manipulação sistemática proporcionada por um dos genitores, com o objetivo de atingir, “banir” o outro, porém, a tentativa de causar o mal ao seu antigo parceiro (a) acaba causando grandes danos psicológicos ao menor.

O psicólogo americano Richard Gardner, definiu SAP sendo “Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificativa. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental.” (1985,p.02).

Conclui-se que a Síndrome de Alienação Parental trata-se de um ato de violência praticado contra a criança, e se não for freado causará danos irreversíveis.

10 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL X ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental, vem sendo um acontecimento frequente nos lares após a ruptura conjugal. Com a separação judicial, acabam surgindo disputas pela guarda dos filhos, e quando a guarda é definida a um dos genitores, e este por se sentir rejeitado, e não aceitar o fim do relacionamento acaba afastando o filho do convívio com o outro genitor, ocasionando a Alienação Parental, essa situação é o ponto de partida para o surgimento da denominada Síndrome da Alienação Parental, prevista na Lei 12.318/2010 em seu artigo 2º.

Dessa forma, observamos que a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental se completam, ou seja, a Alienação Parental é o processo, a prática de desmoralização e destruição da imagem do genitor alienado, implantando informações inverídicas. Já a Síndrome da Alienação Parental é o resultado, trata-se das consequências emocionais e comportamentais advindas da Alienação Parental a serem desenvolvidas pela criança.

11 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E OS DANOS CAUSADOS AOS FILHOS.

Ao tratarmos sobre a Síndrome da Alienação Parental, não podemos deixar de falar sobre os danos causados na relação entre pai alienado e seus filhos.

Vimos anteriormente que por meio do sentimento de vingança, ódio e até mesmo insegurança, o guardião alienador utiliza o menor como meio para atingir o seu ex-cônjuge e a criança por não possuir ainda plena capacidade de distinguir o certo do errado é utilizada como objeto, incumbindo falsas memórias e fatos irreais, transformando bons sentimentos em mágoas, rancor, fazendo com que a criança acredite naquilo que está sendo dito a ela, se colocando contra o alienado.

Porém, esse conflito implantado pelo guardião alienador acaba atingindo o guardião alienado, e também o menor. Os filhos vítimas dos conflitos conjugais, usados como objetos de retaliação apresentam comportamentos que acabam comprometendo o seu crescimento e o desenvolvimento de sua personalidade, que vão desde transtornos emocionais, psicológicos, à morais que influenciam em seu modo de ser para o resto da vida.

12 A IMPORTÂNCIA DA IMPLANTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A convivência familiar é de extrema importância para o desenvolvimento das crianças, pois é através dessa relação que constroem sua estrutura psicológica, social e

emocional. Com a separação dos cônjuges, ou seja, com a ruptura da relação familiar, altera-se a rotina do infante, deixando de ter em seu dia a dia a presença da família unida e da convivência diária entre pais e filhos.

Nesse sentido, com base no artigo 1584 do Código Civil, os pais devem chegar em um acordo decidindo com quem ficará a guarda, caso não cheguem em um consenso, o juiz irá aplicar o modelo de guarda compartilhada, assim como determina o §2º do mencionado artigo.

A partir dessa breve análise, conclui-se que a guarda compartilhada é o método mais adequado, pois garante a convivência entre pais e filhos, e orienta a manter os vínculos afetivos após o rompimento da sociedade conjugal. Adotando esse modelo de guarda, as consequências da separação conjugal sobre a vida dos filhos são minimizadas, uma vez que a guarda compartilhada preserva o relacionamento entre pais e filhos.

13 DECISÃO JUDICIAL A RESPEITO DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Relatório do Voto do Exmo. Ministro Aldir Passarinho Júnior, em acórdão do STJ, no conflito de competência n. 94.723-RJ, julgado em 28/10/2008, sobre matéria da Síndrome da Alienação Parental em que é citada informações da Exma. Juíza Sirlei Martins da Costa, da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Goiânia, veja:

[...] Não se pode deixar de considerar que, diante das denúncias gravíssimas que a mãe faz contra o pai, a providência imediata de qualquer profissional ciente de suas obrigações é, realmente, afastar o pai do convívio com os filhos: assim eu própria o fiz em 2006, como também o fez, ainda com mais rigor que esta juíza, o e. Tribunal de Justiça de Goiás. Agiu igualmente o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, e mais recentemente o MM. Juiz de Paraíba do Sul-RJ adotou providência no mesmo sentido. Não se pode deixar de considerar, como bem ponderou a última perita, que até mesmo os profissionais da área de Psicologia não estão, muitas vezes, preparados para perceber de imediato que se trata de síndrome de alienação parental, e também eles acabam se tornando coadjuvantes da mãe no triste processo. Outrossim, a mudança de foro, depois de feita toda a instrução processual neste Juízo, somente fomenta a ação alienante da mãe. Também estou segura que este entendimento é o que melhor se coaduna à nossa Constituição da República, que consagrou o princípio do melhor interesse da criança de maneira mais ampla ao adotar a Doutrina da Proteção Integral. Dispõe o art. 227 da CF: '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. Superada a questão concernente à competência, passo agora a apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado pelo autor. Para tanto, verifico a presença dos requisitos do artigo 273 do CPC. Quando tomei conhecimento 15 dos fatos narrados pela genitora, nos autos 200602360778, logo concluí: um dos genitores (pai ou mãe) sofria de grave patologia. Poderia ser o pai, que abusava sexualmente e agredia os filhos; mas poderia ser a mãe, num típico caso de síndrome de alienação parental. Uma coisa era certa: direitos básicos da criança previstos no artigo 227 da CF estavam sendo desrespeitados. Também não tive dúvidas de que somente profissionais da área da psiquiatria e da psicologia poderiam chegar a uma conclusão segura. Obviamente, este Juízo não poderia fazê-lo ouvindo os menores principalmente diante da hipótese da implantação de falsas memórias como o próprio nome já sugere. Busquei me informar sobre os melhores profissionais para a análise dos envolvidos. Para tanto, nomeei a Dr^a. VALERIA MACHADO AVILLA, Psiquiatra Clínica, com especialidade em Psiquiatria forense, integrante da Junta Médica do Tribunal de Justiça há mais de dez anos, além de ser membro fundador do Comitê de Ética e Medicina Legal da Associação Brasileira de Psiquiatria, professora convidada da Escola Superior do Ministério Público de Goiás, professora convidada da banca para título de especialista em Psiquiatria Forense da Associação Brasileira de Psiquiatria. Para realizar os trabalhos na área do comportamento humano, nomeei a Dr^a. VANNUZIA LEAL ANDRADE PERES, Psicóloga, Especialista em Psicodrama de Crianças, Especialista em Terapia de Casais e Família, Doutora em Psicologia do Desenvolvimento e Professora Pesquisadora da Universidade Católica de Goiás. Veja o que essas profissionais constataram. Primeiro o laudo elaborado pela Psicóloga, Dra. Vannuzia Leal Andrade Peres, cuja cópia foi juntada a fls. 78/92: “Os sentidos subjetivos de afetividade, gerados por M. e P. são claramente incompatíveis com a acusação de abuso dirigida ao pai; O centro da questão é a separação conflituosa do casal na qual M. e P. estão sendo implicados, especialmente pela mãe, de forma equivocada e irresponsável, o que poderá acarretar conseqüências irreparáveis ao desenvolvimento emocional de ambos; A ruptura do

casal pode ser considerada um processo de subjetivação patológica de sua relação conflituosa ao longo do casamento, portanto impossível de ser compreendida e compartilhada emocionalmente pelas crianças; Há indicadores de que a organização disfuncional do ex-sistema conjugal deve-se a configurações de personalidade tanto do pai (sua impulsividade,) quanto da mãe (sua insegurança afetiva e necessidade social de reconhecimento), não podendo ser atribuída a um ou a outro, mas a ambos; O fato da mãe não possuir outro espaço social constituído (um trabalho realizador, por exemplo,) é hoje fonte de seus atuais conflitos que dificultam sua produção de emoções alternativas e de novos sentidos subjetivos da separação. Somente com sua conversão em sujeito da experiência poderá gerar novos sentidos da separação e produzir ações saudáveis e benéficas para os filhos e 16 para ela própria, o que implica na sua disposição e compromisso com um processo de reflexão; Há fortes e significativos indicadores de que a percepção que M. e P. têm do pai (um pai 'mau') advém da representação constituída pela mãe, e não de suas experiências concretas com ele; E com base nessa representação da mãe sobre o pai que M. vem produzindo, constantemente, uma realidade sobre ele que é não apenas uma produção cognitiva, mas uma produção subjetiva, tendo, portanto, elementos de sua imaginação ou de sua fantasia; Também há fortes indicadores de que a queixa contra o pai é uma expressão subjetiva da vida conflituosa dos ex-cônjuges, já que aparece no contexto do conflito (mesmo já estando separados) e em uma cultura que não dá a devida importância à convivência pacífica dos pais para que alcancem realizar sua tarefa de educação dos filhos: Há indicadores, ainda, de que a acusação do pai como agressor pode estar implicada com as novas práticas da sociedade nos processos de separação dos casais ou com a uma nova patologia social com a qual excônjuges tentam justificar reivindicações baseadas em suas necessidades e motivações particulares'. Por sua vez, o laudo elaborado pela Psiquiatra, Dra. Valéria Machado Ávilla, cópia às fls. 93/104, em sua parte conclusiva, dispôs que: 'Não há evidências psíquicas de ABUSO SEXUAL por parte do genitor das crianças. Há evidências de ALIENAÇÃO PARENTAL por parte da genitora.' Mesmo diante destes laudos, a mãe insistia em outra perícia. Em audiência, depois de homologados os citados laudos e decorrido o prazo para agravo contra a decisão, possibilitei às partes a realização de mais

uma perícia, já que a genitora achava tão importante a realização de testes, principalmente o 'RORSCHACH'. O genitor aceitou e foi feita a terceira perícia, na qual foram realizados os testes pretendidos pela genitora. Para realizar a perícia, nomeei a Dra. Ângela D. Baiocchi Vasconcelos, Psicóloga renomada, Professora e Pesquisadora na UCG – Universidade Católica de Goiás, Especialista em Psicodrama e Terapia Familiar Sistêmica, Mestre em Educação, Psicóloga Supervisora do GEAGO – Grupo de Apoio à Adoção de Goiás e Projeto Anjo da Guarda do Juizado de Menores. Ela concluiu, cópia às fls. 156/158: 'Não. A partir dos dados colhidos nesta perícia não se constata nenhum tipo de abuso sexual ou maus tratos contra os filhos por parte do pai. [...] Sim. De acordo com a avaliação e análise do caso aqui exposto houve Síndrome de Alienação Parental (SAP). De forma considerada grave e com conseqüências já manifestada por M. e P.'. Vivenciamos um momento em que os principais estudiosos do Direito de Família fazem uma verdadeira campanha pela guarda compartilhada, a fim de que a criança conviva o máximo possível com ambos os genitores. O tema foi tratado com insistência no V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Há projetos tramitando no Congresso Nacional no sentido de que a regra passe a ser a guarda 17 compartilhada e não a unilateral. Veja ensinamento doutrinário neste sentido: 'Tanto o pai quanto a mãe, querendo e podendo, devem estar presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdade de condições para exercerem esse munus, notadamente frente aos comandos constitucionais de igualdade previstos no art. 5º, inciso 1 e art. 226, § 5º. Entretanto, no caso vertente, o que se constata é uma campanha sem limites por parte da mãe para impedir os filhos de conviverem com o pai. Importante observar o que ocorreu na 'Audiência Especial' feita perante o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Paraíba do Sul-RJ no dia 06.12.07, ou seja, dias depois de julgado em primeira instância o processo que tramitava perante este Juízo, o que ocorreu em 30.11.07. Na referida audiência, as crianças teriam narrado ao Juiz atos de agressões físicas contra eles e abuso sexual contra Marina. Consta do termo da "Audiência Especial", cuja cópia foi juntada aos autos por intermédio do PROVITA, fl. 255, que a menor M. relata com dificuldade o fato de que seu pai já ter mexido [sic] em partes que aponta o dedo indicador, como sendo seu órgão genital'. O que se conclui facilmente é que a mãe continua, nos dias atuais, inserindo nas crianças a crença de que o pai é mau (agressivo e praticante de abuso sexual) e que os filhos não podem com ele conviver. Sobre a situação

verificada no texto acima transcrito, copiado do termo de 'Audiência Especial', no qual a criança aponta para o Juiz seu órgão genital, já havia manifestado a perita, fl. 136: 'Não é a nudez da criança que chama atenção desta perícia, mas sim a super-exposição da criança em ambientes públicos, o uso inescrupuloso de próprio corpo para fazer denúncias de situações não vividas com seu progenitor e impossíveis de serem reais. Em outras palavras, o objetivo da mãe em prejudicar o pai faz com que ela exponha sem limite os filhos, levando a menina a uma sala de audiência para agir como fez no excerto suso transcrito. Vale lembrar aqui quantos direitos das crianças estão sendo desrespeitados pela manipulação que a genitora vem fazendo nos filhos e pelas outras condutas já registradas no texto desta decisão: 'Toda criança ou adolescente tem o direito à convivência familiar (art. 19 ECA), à liberdade, ao respeito, à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (art. 15 do ECA), assim como liberdade de opinião e expressão, participação na vida familiar e comunitária (art. 16 do ECA), além de inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças (art. 17 do ECA), sendo dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente (art. 18 do ECA)'. Também faz parte do texto da perita, fl. 152: 'Neste aspecto G. não percebe que a criança depois de ser obrigada a denunciar o pai em diferentes instâncias durante 06 meses. Apresentando graves sinais de ansiedade e estresse que não 18 foram olhados por sua mãe que se dizia vítima de perseguição e ameaças, vai desenvolver medo e culpa pelo que causou no pai. Vai querer negar seu amor para não prejudicar a mãe Mas em compensação vai desenvolver distúrbios psíquicos graves para realizar este esforço para As conseqüências da síndrome da alienação parental são extremamente graves para os filhos. O tema já foi objeto de artigos e palestras ministrados pela Exma. Desembargadora do Rio Grande do Sul, Mana Berenice Dias. Também foi abordado com maestria pelo advogado Paulo Lins e Silva (RJ) na palestra intitulada 'Síndrome da alienação parental e a aplicação da convenção de Haia' durante o VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em novembro/07, em Belo Horizonte. Naquela oportunidade afirmou: 'A chamada Síndrome de Alienação Parental é uma das mais extremas conseqüências da litigiosidade advinda da dificuldade de distinção,

por muitos, dos papéis da conjugalidade da parentalidade. Tal síndrome, na qual o guardião afasta não apenas a convivência da criança com o outro genitor, mas também qualquer chance da conexão emocional do menor com esse, é exacerbada e facilitada nos casos de seqüestro internacional de crianças. A retirada unilateral por um dos pais do Estado onde se constituiu a família implica em um afastamento físico entre a criança e o outro guardião, tornando os efeitos da abdução quase irreversíveis.' Grifos meramente enfáticos. Pelo que se verifica, a genitora vai continuar empregando todos os mecanismos para afastar os filhos do pai, pois conforme se vê na petição de fls. 264, a genitora não permitiu o convívio das crianças com o pai nas datas festivas e nem nas férias, como dispõe o acordo em vigência, desrespeitando os limites do poder familiar: 'A existência de limites configura o poder familiar não apenas como um poder (assim como era o pátrio poder), mas também como um dever dos pais.' Consta do relatório elaborado pela Psicóloga que acompanhou o reencontro do pai com os filhos, nesta cidade, no dia 14 de dezembro de 2007: 'O Dr. Alexandre {Responsável pelo Programa de Proteção à Vítimas e Testemunhas} que os conduziu {M. e P.} relatou uma viagem tranqüila, onde as crianças brincavam, conversavam livremente chegando até a fazer planos sobre o fariam quando reencontrassem o pai. Tal relato se confirmou pela postura que presenciei e relatei em parte no parágrafo anterior. Assim, percebe-se que as crianças ainda mantêm um discurso preparado do que deveriam falar ou fazer para demonstrar rejeição ao pai, entretanto a fala do corpo e da expressão facial, que não podem ser manipuladas, denunciam o desejo de estar com este pai e restabelecer com ele o contato, fala esta que até se torna verbal quando não há a censura delimitada pela mãe. (fl. 22)'. As fotos juntadas aos autos, fls. 30/52, tiradas, segundo afirma o autor, no período de 21 a 23 de dezembro de 2007, não deixam dúvidas quanto à felicidade estampada nos rostos dos filhos na presença do pai e 19 sem o controle da mãe. A alegria deles é contagiante. Por outro lado, ficou evidenciado que a genitora continuará utilizando todos os recursos para afastar os filhos do pai, prejudicando-os sobremaneira. Somente através da concessão da guarda ao pai, as crianças poderão ficar livres da constante manipulação materna, que traz para os filhos transtornos psíquicos de extrema gravidade. Vale lembrar que as ações da mãe já causaram aos filhos vários distúrbios de ordem emocional, o que foi constatado por todos profissionais que os examinaram. No que tange ao pai - não obstante tantas

denúncias feitas pela mãe - nada se apurou que desabonasse sua conduta. Pelo contrário, as provas trazidas aos autos revelam um profissional respeitado na Comarca onde atual, sem qualquer mácula. Até mesmo o assistente técnico indicado pela genitora - um dos profissionais mais respeitados deste Estado naquele ramo de atuação - concluiu pela inocorrência dos fatos imputados ao pai pela genitora. Saliento que o pai é Promotor de Justiça na Comarca de Ceres - GO e afirma que também mantém apartamento em Goiânia-GO, detendo total condição física, emocional e material para exercer o papel de guardião dos filhos, assegurando a eles o ambiente saudável e compatível com as necessidades do ser em desenvolvimento: 'Á convivência familiar apenas é possível em ambiente solidário, expressado na afetividade e na coresponsabilidade.' Por tudo isso, entendo que a alteração da guarda é medida que se impõe como forma de salvaguardar as crianças da prática manipuladora da mãe. Somente num primeiro momento, considero que a convivência com a mãe deve dar-se acompanhada, visando evitar que ela dificulte o relacionamento com o pai. Entendo que o acompanhamento pode ser feito pelos próprios avós maternos, que por certo não iriam restringir a vivência da mãe com os filhos e também evitariam que ela continuasse manipulando os filhos contra o pai. E possível perceber que os avós maternos são figuras importantes para M. e P. e é importante utilizar isso como componente da rede de apoio para uma nova fase na vida dos filhos. Considero que a convivência com a mãe deve ser a mais ampla possível, a fim de evitar danos para os menores, afinal, durante muito tempo as crianças foram convencidas de que a mãe afastava o pai para beneficiá-las. Por certo, a dependência emocional materna é muito grande e isto não pode ser desconsiderado neste momento. 3. **DISPOSITIVO:** Posto isso, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para conceder a guarda de M. T. C. R. e P. T. C. R. ao pai M. A. R. A mãe (requerida) poderá conviver com os filhos nos finais de semana (pegando-os aos sábados às 09 horas e devolvendo-os às 18 horas aos domingos). Entretanto, reservo ao pai dois (02) domingos por mês para lazer. Durante os três primeiros meses, a convivência materna deve ser acompanhada dos avós maternos, a fim de garantir que a genitora não continue implantando falsas memórias nos filhos. Encaminhe ofício ao Procurador Geral da 20 Justiça do Estado de Goiás para que suspenda o desconto da pensão alimentícia na folha

de pagamento do autor, por ser medida consequencial da alteração da guarda. Determino ao pai que siga rigorosamente as recomendações de todos os psicólogos que atuaram no processo anterior, no sentido de manter acompanhamento terapêutico aos filhos, a fim de proporcionar às crianças, sobretudo à M., o restabelecimento da saúde emocional o mais rápido possível. Considerando que a decisão proferida pelo Juízo de Paraíba do Sul-RJ em 06.12.07 diverge da sentença de mérito proferida por este Juízo em 30.11.07, e também não coaduna com esta decisão, determino o encaminhamento de cópia desta àquele Juízo para que suscite - caso assim entenda - o conflito de competência perante o órgão próprio. Intimem-se. Cite-se, podendo ser expedida carta precatória de busca e apreensão dos menores, a fim de que os filhos sejam entregues ao pai, se necessário for.

Parte do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 657.988-4/900, da 8ª Câmara de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo julgado em 16/12/09, citado na obra dos autores Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, veja-se:

[...] advertem-se novamente as partes e seus patronos que, a se repetirem na conduta prejudicial aos interesses superiores da criança e também, na instalação da alienação parental, a caminhar rapidamente para a síndrome, nada impede que o Juízo, após a elaboração de laudos em caráter de urgência, atribua a guarda a terceira pessoa ou a instituição. Acresce, ainda, que as partes poderão ser objeto de punições, independentemente da existência de lei específica, posto que aquelas se extraem dos princípios constitucionais da proteção integral e prioritária, consubstanciadas em multas diárias, visitas monitoradas, inversão da guarda e, até, prisão. Quanto a esta, a se entender que a menor está sendo mentalmente torturada, caberia, como colorário das garantias constitucionais. No caso, evidente a necessidade de adequação do regime de visitas à nova realidade da criança, sempre respeitados seus interesses prioritários, incluindo a estabilidade emocional, mas que não serão atendidos por decisões liminares e sem a devida instrução. Acresce que nenhuma decisão poderá preservar os interesses superiores da menor se as partes, cumprindo sua obrigação como genitores, não procurarem solução pacífica e com ajuda, se necessário, de especialistas, sob pena de, inclusive, perderem o poder familiar. Nesse sentido, de rigor a cassação da r. decisão impugnada,

aguardando-se a devida instrução do feito, incluindo os estudos psicossociais, a serem realizados com urgência.

Trecho do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 630.114-4/4-00, da Comarca de Taubaté julgado em 23/09/03, também citado na obra dos autores Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, veja-se:

[...] de início, advertem-se ambas as partes e seus procuradores sobre o perigo da instalação da alienação parental e respectiva síndrome (SAP), que tem raízes nos sentimentos de orgulho ferido, desejo de vingança, além do sentimento de onipotência do alienador, a partir de seu próprio desequilíbrio mental ou comportamental. Outro parente ou interessado em seu desenvolvimento, alienado. Sobre o tema confira-se [...] conforme (“Alienação parental e Reflexos na Guarda Compartilhada”, palestra proferida pelo Relator em 16-6-09 na Escola Superior de Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo). Nos caso dos autos, não há, por ora, verossimilhança na imputação da violência ao agravante, devendo-se ressaltar que no estudo psicológico de fls. 13-21, a própria agravada relata ter deixado os filhos aos cuidados do agravante (fl.14), reconhecida a disputa entre ambos com utilização da menor (fl.15), a demora na busca por tratamento médico adequado (fl.18) e a simulação no rompimento do relacionamento (fl.20). A efetiva violência contra a menor deve ser apurada em regular instrução, bem como a utilização ou tortura psicológica da menor em detrimento dos seus prioritários interesses, devendo-se considerar todos estes fatos na definição da guarda e das visitas, independente de medidas criminais de falsa imputação de delito. A manutenção de visitas, contudo, não impede outras medidas, a critério do i. magistrado, como, por exemplo, visitas monitoradas, com relatórios mensais, para a proteção da menor, evitado, ao máximo, o distanciamento definitivo de qualquer dos genitores, sob pena de prejuízos irreversíveis.

Com base nas decisões à cima mencionadas, todas seguem a mesma forma de pensamento, se posicionando contra a Alienação Parental e principalmente, exercendo o papel como Estado, intervindo e preservando o bem estar do infante.

14 CONCLUSÃO

Após a separação, os filhos continuam sob responsabilidade direta de ambos os pais, porém se faz necessário estabelecer com quem ficará a guarda.

A guarda unilateral, o filho residirá com apenas um dos pais e ao outro caberá o direito de visita. Na guarda alternada, o filho alterna em determinado período de tempo ora na residência do pai, ora na residência da mãe. Já a guarda compartilhada, as responsabilidades são simultâneas entre os pais, garantindo a convivência entre pais e filhos.

É notório que os dois primeiros métodos de guarda apresentados não atendem os interesses e necessidades do menor, mas sim buscam favorecer os pais. Dessa forma, é incontestável que a guarda compartilhada apresenta-se como o melhor método a ser aplicado, uma vez que, ambos os cônjuges estarão habilitados para a divisão das responsabilidades para a criação dos filhos, sendo instrumento fundamental no combate a síndrome da alienação parental.

Conclui-se que, a guarda compartilhada se faz instrumento necessário no combate a síndrome da alienação parental, pois atende os direitos fundamentais e proporciona um convívio familiar saudável e equilibrado. Além disso, concede aos pais responsabilidades sobre os seus filhos de forma recíproca, buscando evitar o conflito entre eles e possíveis transtornos emocionais e psicológicos no infante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 8069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei/L8069.htm>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 24 jul. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5º vol. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO, Caetano Lagrasta; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 159.

NETO, Caetano Lagrasta; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 159/160.

MIGALHAS, Superior Tribunal de Justiça STJ – Conflito de Competência: CC 94723 RJ 2008/0060262-5. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190820-06.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

O INFERNO DE SUELY

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e *Professor* de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

*Nada se poupe então: que as suas malvadezas
Sirvam de exemplo em tudo às nossas más proezas
Sagrado, nada há: tudo neste universo
Deve ao jugo vergar do nosso vivo acesso.
Marquês de Sade, Poema "A Verdade".³¹⁹*

Está disponível no catálogo do Netflix um filme nacional intitulado "O Céu de Suely".³²⁰ Trata-se de um drama produzido em 2006 em que se narra a estória de uma mulher que tem um filho com um rapaz e, quando retorna para sua cidade interiorana, à espera do companheiro, este simplesmente desaparece e a deixa sozinha com a obrigação de sustento próprio e da criança. Inobstante o apoio de sua avó e de uma tia, a personagem sente que não será capaz de dar um futuro decente para o filho em termos financeiros. Por essa razão, observando a atividade de prostituição de uma amiga em pontos de caminhoneiros, tem a ideia de fazer uma rifa para obter dinheiro, cujo ganhador teria direito a uma noite de sexo consigo. Ela diz à sua tia e amiga: "Eu vou me rifar".

Quando se assiste ao filme percebe-se claramente que a obra não glamouriza a prostituição ou, mais especificamente, a conduta da personagem que cria uma forma de prostituição diferenciada. Suely se apresenta fragilizada e não tem qualquer orgulho de sua conduta, apenas age sem maiores considerações, tendo em mira seus objetivos imediatos. Ela não se defende quando sua avó descobre os atos e a admoesta fortemente. No final, quando vai "pagar" a noite de sexo ao ganhador da rifa, mostra-se claramente constrangida, sem espontaneidade, humilhada pelos pedidos de dança e outras instruções do ganhador. Pode-se dizer que o filme retrata a prostituição como uma realidade, mas sua mensagem é visivelmente descritiva da degradação a que essa conduta leva as pessoas.

319 SADE, Marquês. A Verdade. Disponível em <https://confrariadaalfarroba.wordpress.com/2014/08/04/a-verdade-marques-de-sade/>, acesso em 25.07.2022.

320 O CÉU de Suely. Disponível em <https://www.netflix.com/br/title/70073047>, acesso em 25.07.2022.

O “Céu de Suely” é uma ilusão diabólica que a enreda em um “sonho” de prosperidade e a precipita num verdadeiro “Inferno” físico, afetivo, psicológico e moral.

No Brasil a prática da prostituição própria não é crime, é crime no Brasil apenas a exploração da prostituição alheia, o que não afasta a imoralidade do ato de entregar-se à prostituição. A prostituição não é punida em ordens jurídicas como a brasileira pelo simples motivo de que é necessário distinguir vícios de crimes, sob pena de tornar a aparato repressivo estatal inviável. 321 Como bem observa Spooner:

“Um governo que punisse imparcialmente todos os vícios é, segundo toda a evidência, de tal maneira impossível que nunca se viu, nem verá, uma pessoa tão estúpida que o propusesse”. 322

Confesso que quando fui assistir ao filme estava condicionado por um preconceito, no sentido mesmo do termo como um “pré – conceito”. Pensava que iria se tratar de uma produção voltada para alguma espécie de defesa ou até incentivo à prostituição como caminho de libertação e emancipação feminina. Mesmo assim assisti, porque tencionava escrever a respeito da obra cinematográfica e seria extrema leviandade elaborar um texto sobre um filme que nem se assistiu, baseado apenas em uma divulgação do canal com breve sinopse.

Mas, preciso defender-me. O que criou o meu “pré – conceito” foi algo heterônimo, uma informação com a qual me deparei. A apresentação da película é assim levada a efeito pelo canal:

“Para conseguir dinheiro, uma mãe decide **rifar o próprio corpo para uma noite de paixão, chocando a cidadezinha onde vive com seu empoderamento feminino**” (grifo meu). 323

Ora, a verdade é que a sinopse não corresponde ao conteúdo da obra. A prostituição é apresentada como fato, mas não é incentivada e muito menos exposta na qualidade de algo que conceda algum “poder” à mulher. Parece que há uma tendência a forçar a apresentação da marginalidade e da imoralidade como padrão de comportamento

321 Cf. SPOONER, Lysander. *Vícios não são Crime*. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Aquariana, 2003, p. 20.

322 Op. Cit., p. 21.

323 O CÉU de Suely. Disponível em <https://www.netflix.com/br/title/70073047> , acesso em 25.07.2022.

desejável e digno, talvez como única forma de enfrentamento de quaisquer dificuldades ou único caminho de contestação ou reação àquilo que se entenda por injustiça.

Infelizmente não somente o mundo acadêmico, mas também o artístico, abrangendo produtores, divulgadores e afins, encontra-se contaminado pela tentação de dar protagonismo a tudo que se refira ao chamado “lumpenproletariat”. Muitas vezes as pessoas nem sequer têm consciência da origem de suas ideias que se transformam em atos. Esse intento de protagonismo do marginal advém da revisão procedida por Marcuse quanto à identidade do “agente histórico de transformação”. Não são mais os trabalhadores, o proletariado que compõem a classe revolucionária. Estes foram, segundo Marcuse, cooptados pelo Capitalismo e se encontram, por assim dizer, acomodados. Um novo “sujeito” intocado pela hegemonia capitalista são aqueles “excluídos, marginalizados, explorados e perseguidos, desempregados e não empregáveis”, componentes da mais abertamente criminal e violenta parcela da sociedade. A oposição social do “lumpenproletariat” é, segundo Marcuse, sempre e invariavelmente revolucionária, ainda que não conscientemente. Trata-se de uma força elementar que viola as regras do jogo, e, fazendo isso, revela que se trata de um jogo manipulado. 324 Por isso, uma parcela ideologizada dos mais variados campos de atuação humana, incluindo o ramo artístico, insiste em glamourizar a marginalidade, chegando, como neste caso, até mesmo a fazer uma apresentação de uma obra que, na verdade, não condiz com seu real conteúdo.

O afã de propagar a marginalidade como modelo é tão imperioso que faz com que os próprios propagadores atuem de forma marginal, violando a lei. A sinopse do filme não é uma publicidade que obedeça aos ditames e exigências do artigo 31 e do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), na medida em que não fornece informações corretas sobre o produto ofertado ao público. Pode haver até mesmo, em tese, configuração de crimes previstos nos artigos 66 e 67 do mesmo diploma com relação à pessoa física responsável pela divulgação da sinopse enganosa. E como a divulgação é realizada de forma difusa atingindo de fato pessoas indeterminadas, cabe ao Ministério Público tomar providências não somente quanto à responsabilização criminal (titular da ação penal – artigo 129, I, CF), mas também quanto à correção da divulgação do filme, a fim de que cesse o engodo publicitário (inteligência dos artigos 81, Parágrafo Único, I; 82, I e 83 CDC).

Ademais, não se trata somente de uma questão de natureza jurídica. Pretender afirmar que uma prática de prostituição pode ser elemento de “empoderamento feminino” ou de qualquer pessoa (homem ou mulher) é algo extremamente problemático e contraproducente sob o aspecto moral, além de falso. Não se trata de “empoderamento”, mas da mais intensa degradação dos seres humanos em suas relações mútuas.

324 ALDAMA, Frederick Luis. *Why The Humanities Matter*. Austin: University of Texas Press, 2008, p. 181.

Moncada afirma que

a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades. (...) trata-se (...) dum singular que não pode jamais pensar-se sem o seu plural. 325

Ora, a relação das pessoas envolvidas no ato de prostituição degrada quem se prostitui porque tal pessoa se permite ser usada como um objeto, anulando sua vontade e sua liberdade com referência a um ato de extrema intimidade a troco de compensação financeira. Mas, também o cliente é degradado, porque se submete a comprar sexo, atenção e afeto (ainda que falso). A prostituição é uma forma degradante de relação entre o Eu e o Outro numa via de mão dupla. Ninguém nessa relação tem poder nem liberdade verdadeira. Tudo consiste em um jogo de simulação e aviltamento.

Não basta o simples encontro do Eu com o Tu para fundar uma relação de “dever – ser” moralmente aceitável. Esse encontro precisa se constituir de um olhar respeitoso entre o Eu e o Tu, em que o primeiro se reconhece como pessoa dotada de ineludível dignidade ética e enxerga no segundo um ser igualmente dotado da mesma dignidade. Claramente nada disso pode acontecer no ato de prostituição.

O homem se converte em bárbaro no exato momento em que se torna incapaz de reconhecer sua própria humanidade e passa também a se recusar a reconhecer a humanidade dos outros. Isso porque a humanidade que se reconhece nos outros só é possível graças a um prévio reconhecimento que se tem da própria humanidade. 326

Quando se pretende defender um ato de prostituição como algo que dá “poder” e “libertação” a alguém (mulher ou homem) é preciso admitir o desrespeito próprio e para com as outras pessoas como um modelo aceitável e até desejável. Isso não é “empoderamento”, é *embrutecimento* puro e simples. Nas palavras de Vasconcelos:

325 MONCADA, Luís Cabral. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 39.

326 DE KONINCK, Thomas. Archéologie de la notion de dignité humaine. In: DE KONINCK, Thomas, LA ROCHELLE, Gilbert (orgs.). *La dignité humaine. Philosophie, droit politique, économie, médecine*. Paris : Les Presses universitaires de France, 2005, p. 36. “Quand je reconnais l’humanité d’autrui, je le fais grâce à une connaissance antérieure de cette humanité qui ne peut être au bout du compte que celle que j’ai de ma propre humanité”. Tradução livre: “Quando reconheço a humanidade dos outros, faço-o graças a um conhecimento prévio dessa humanidade que só pode ser, em última análise, o que tenho de minha própria humanidade”.

“Quem quiser desenvolver-se e realizar-se com desrespeito pelo outro, seu semelhante, pelos outros que são sua comunidade, e pelas leis morais (...) será um bruto”.
327

A chamada do filme divulgado pelo Netflix, para além de enganosa, é uma ode à *estética da feiura*, daquilo que popularmente se diz: “acha que é bonito ser feio”. Engloba em si os quatro traços da barbárie expostos por Mattéi:

- 1.o desconhecimento da beleza de uma obra, isto é, a ignorância;
2. a denegação do que é elevado, ou a recusa da excelência (...), quer dizer, a pretensão;
3. a incapacidade de realizar um gesto criador, ou seja, a impotência;
4. a vontade confusa de destruição, quer dizer, a regressão. 328

É a força do negativo que abre as portas para o niilismo a tomar conta de tudo. É o exato contrário do desiderato do progresso da excelência, que objetiva retirar do homem o que ele tem ou pode ofertar de melhor. O desinteresse pela excelência ou até mesmo o gosto pelo vício, a zombaria, a negação e o desprezo das virtudes é a marca registrada desse intento de glorificação da marginalidade e da imoralidade. Voltando a Mattéi:

Privado do sentido da altura, o ser humano desmorona sobre si mesmo, se cobre de areia e se decompõe, como se lhe tivessem tirado a coluna vertebral para reduzi-lo ao estado de sujeito rastejante e nauseabundo, (...). Ou de um verdadeiro verme. 329

Essa verdadeira tara pela marginalidade acaba colonizando o próprio movimento feminista de tal maneira que é capaz de prejudicar os interesses das mulheres, aviltando sua condição humana, sob o pretexto do tão propalado “empoderamento”. 330

Torna-se quase inviável não perder o senso da beleza, da bondade, da justiça e da verdade nesse ambiente de distorções. Com o tempo, se nada é feito, passamos a sofrer daquilo que os gregos chamavam de “Apeirokalia”, que significa *falta de experiência nas coisas belas*. E esse fenômeno provoca um aleijão de alma, tornando o homem incapaz de adquirir sabedoria. Pode-se chegar ao ponto de que o perigo não seja tanto que não se

327 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75.

328 MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002, p. 21.

329 Op. Cit., p. 246.

330 Para uma noção de como o movimento feminista tem sido desviado de pautas legítimas e colonizado pelo politicamente correto: SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism?* New York: Simon & Schuster, 1994, “passim”.

saiba as respostas certas ou se elas existem realmente. O perigo pode vir a ser que nem sequer sejam lembradas as perguntas relevantes.

É preciso retomar o caminho das virtudes e abrir bem os olhos para as armadilhas da desconstrução que se quer impor a todo custo. Não é preciso melhorar o mundo, é preciso salvar o mundo e salvar os homens de si mesmos. Doutra forma, nos restarão apenas os versos melancólicos de T. S. Eliot:

Assim expira o mundo

Assim expira o mundo

Assim expira o mundo

Não com uma explosão, mas com um gemido. 331

REFERÊNCIAS

ALDAMA, Frederick Luis. *Why The Humanities Matter*. Austin: University of Texas Press, 2008.

DE KONINCK, Thomas. Archéologie de la notion de dignité humaine. In: DE KONINCK, Thomas, LA ROCHELLE, Gilbert (orgs.). *La dignité humaine. Philosophie, droit politique, économie, médecine*. Paris : Les Presses universitaires de France, 2005.

ELIOT, T. S. Os Homens Ocos. Disponível em <https://singularidadepoetica.art/2017/04/04/t-s-eliot-os-homens-ocos/> , acesso em 25.07.2022.

MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002.

MONCADA, Luís Cabral. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

O CÉU de Suely. Disponível em <https://www.netflix.com/br/title/70073047> , acesso em 25.07.2022.

331 ELIOT, T. S. Os Homens Ocos. Disponível em <https://singularidadepoetica.art/2017/04/04/t-s-eliot-os-homens-ocos/> , acesso em 25.07.2022. Nessa tradução o autor usa ao final a palavra “suspiro”. Tomei a liberdade de empregar a palavra “gemido”, presente em outras versões, pois considero a expressão mais forte e adequada.

SADE, Marquês. A Verdade. Disponível em <https://confrariadaalfarroba.wordpress.com/2014/08/04/a-verdade-marques-de-sade/>, acesso em 25.07.2022.

SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism?* New York: Simon & Schuster, 1994.

SPOONER, Lysander. *Vícios não são Crime*. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Aquariana, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA DA LEI 11.804/2008

MIKAEL EDUARDO ROMÃO ROCHA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC)

EDUARDO CURY
(orientador)

RESUMO: O artigo aqui exposto tem por escopo inicial analisar os direitos obstantes aos alimentos gravídicos, que estão previstos e regulamentados pela lei 11.804/2008 bem como entender o direito singular de cada um dos envolvidos. Espera-se elucidar determinados pontos de discussão e a veracidade destes. Intenciona-se apontar a solidez de tal norma, bem como enaltecer a sua eficiência. O método empregado ao trabalho foi o dedutivo, sendo utilizados como base da pesquisa, doutrinas específicas, leis e artigos acadêmicos. Inicialmente foram relacionadas todas as normas que fossem correlatas com o direito em questão, depois foi feita uma análise sobre o entendimento doutrinário no que diz respeito aos direitos materno e futura indenização do requerido em casos de má-fé da autora. Entende-se que o direito estudado foi muito bem regulamentado pela lei de alimentos gravídicos, de tal modo que ela forneça alimentos e conforto ao nascituro bem como segurança jurídica as partes em caso de constatações adversas futuras.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos. Direito de Família. Direitos alimentícios.

ABSTRACT: The article exposed here has as initial scope to analyze the rights of pregnancy maintenance, which are foreseen and regulated by law 11.804/2008 as well as to understand the unique right of each one of those involved. It is expected to elucidate certain points of discussion and their veracity. It is intended to point out the solidity of such a standard, as well as to praise its efficiency. The method used in the work was the deductive one, being used as a basis for research, specific doctrines, law, and academic articles. Initially, all the rules that were correlated with the law in question were listed, then an analysis was made on the doctrinal understanding with regard to maternal rights and future compensation of the defendant in cases of bad faith by the plaintiff. It is understood that the studied law was very well regulated by the pregnant food law, in such a way that it provides food and comfort to the unborn child, as well as legal certainty for the parties in case of future adverse findings.

Keywords: Pregnancy Food. Family Law. Food Rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Previsibilidade Legal do Direito. 2.1 Alimentos Gravídicos. 2.2 Responsabilidade da Autora. 3 Personalidade Jurídica do Nascituro. 4 Indícios de Paternidade. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão tem por intuito estudar um direito adquirido recentemente através da lei 11.804, promulgada em 05 de novembro de 2008, que teve por objetivo intervir nos casos corriqueiros da época, onde um número considerável de gestantes sem auxílio se encontrava desamparadas e sem qualquer tipo de apoio financeiro para cuidar da sua e da saúde do nascituro.

A cena rotineira era a seguinte, uma gestante inexperiente sem um parceiro que admitisse sua paternidade, que não prestaria qualquer tipo de auxílio financeiro para a genitora, passaria 9 meses pagando todos os custos de uma gravidez bem preparada, que na maioria dos casos já se encontrava em uma situação financeira desconfortável para a própria subsistência.

A partir do problema inicial (falta de fulcro financeiro), era desencadeado uma sequência de problemas, sendo eles, emocionais, provindo de rejeição familiar surge a lei de alimentos gravídicos que agiu como meio de garantir que a do nascituro tenha melhores condições e determinada qualidade de gestação.

Será abordado no artigo em questão, a conversão de alimentos gravídicos em pensão alimentícia, se esta é automática ou se necessita do pedido da parte, já que ela também é um direito, que tem por escopo colaborar com a criação do alimentando.

Objetiva-se compreender a Lei de Alimentos Gravídicos, trazer a teoria aceita do início de personalidade, discutir sobre a possibilidade de indenização caso haja negativa de paternidade e informar um pouco mais sobre esta lei que é tão pouco conhecida ainda, favorecendo o entendimento do leitor e esclarecendo dúvidas.

2 PREVISIBILIDADE LEGAL DO DIREITO

Disciplinado pela Lei 11.804, esta garante direitos a gestante para custear despesas necessárias ao período de gravidez, estando previstos partir do art. 2º e o parágrafo único da referida Lei, como dispõem:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e

demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos (BRASIL, 2008)

Servem, portanto, para arcar com a gravidez não se restringindo apenas a alimentação, mas também consultas médicas, vestuário e afins, além de amparar a mulher psicologicamente, sendo válido ressaltar prioritariamente os casos de gravidez inesperada, não tendo assim um suporte necessário.

Os alimentos gravídicos serão pagos pelo suposto pai, porém este não é concretamente o genitor legítimo, em razão de que o exame de paternidade não é aconselhável realizar pois pode trazer riscos ao bebê, não tendo como provar a veracidade da paternidade. Sendo assim, os alimentos serão devidos apenas com indícios da paternidade podendo ser provados por meio de troca de mensagens, fotos e/ou testemunhas.

Neste sentido, o artigo 6º expõe que “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré” (BRASIL, 2008).

Nota-se na segunda parte do artigo 6º supracitado, deixa bem claro que os alimentos concedidos devem exigir a observância das necessidades da reclamante e os recursos financeiros da pessoa obrigada.

Os alimentos gravídicos, após o nascimento com vida, são convertidos em pensão alimentícia em benefício do menor até que uma das partes pleitear sua revisão ou exoneração. Independentemente do reconhecimento da paternidade, por ser os critérios fundantes da fixação do *quantum* da pensão de alimentos e dos alimentos gravídicos diferentes, não sendo suficientes ou demasiados, urge a necessidade de revisá-los nos mesmos moldes do que já informa a lei civil de 2002 em seu art. 1699 "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo". Esta revisão poderá ser realizada, também, durante a gestação, embora pela morosidade processual, dificilmente se verá o fecho desta demanda antes do nascimento do menor.

A extinção se dará automaticamente em casos de aborto e, também, após o nascimento, comprovado que a paternidade não é daquele obrigado pelos alimentos gravídicos.

Anteriormente a lei em seu artigo 10º atribuía à responsabilidade a autora nos casos em que o exame de paternidade restar negativo, podendo responder por danos morais e materiais, porém o artigo foi revogado, não conferindo então esta obrigação a mulher, embora este artigo tenha sido revogado, existe a possibilidade de ação de regresso contra os danos gerados por este tipo de ação, visto que a responsabilidade civil supera o veto existente na lei, aplicando-se a qualquer relação regida pelo Direito Civil, inexistindo margens de descobertas para danos, concluindo que a ação de reparação de danos fica não albergada na lei específica e sim no âmbito geral de aspectos civis.

2.1 Alimentos Gravídicos

Atualmente as pessoas vem se relacionando de forma mais liberal, ocorrendo que muitas das vezes nesses relacionamentos de curto prazo ocorra uma gravidez indesejada, surgindo a necessidade da criação de uma lei que garante os direitos do nascituro, surgindo então a Lei 11.804/2008, a Lei de Alimentos Gravídicos.

O Código Civil de 1916, que regulava o assunto nos arts. 396/405 dizia que a obrigação alimentar era recíproca entre pais e filhos, extensiva aos irmãos na falta dos ascendentes e descendentes. Já o Código Civil de 2002, com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida, dispõe que os alimentos são indispensáveis para os necessitados, possibilitando viver de modo compatível com a sua condição social, como também atender as necessidades de sua educação.

Segundo o art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre políticas públicas que defendam o nascimento com vida e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência, e por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Estado Brasileiro através do Dec. 678 de 06/11/1992, dispõe no seu art. 40, 1 – que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Cabendo a lei, nesse caso, proteger tal direito desde o momento da concepção.

Assim, diante da narrativa histórica, até o surgimento da Lei 11.804/2008, que disciplina especificamente sobre os alimentos gravídicos, o direito de alimentos ao nascituro já era resguardado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

No projeto do qual originou-se a lei, previa que seu termo inicial era a citação, mesmo como o veto presidencial, teoricamente a regra seria a mesma, assim determina o Código de Processo Civil. Numa interpretação sistemática, tratando-se de norma específica, mais recente, que em sua estrutura já determina que os alimentos gravídicos são as despesas que compreendem "da concepção ao parto", é possível que o termo inicial se dê na concepção, mesmo antes do ajuizamento da ação.

Alimentos são prestações cuja finalidade é atender necessidades pessoais, sendo que todo ser humano carece de ser alimentado para que possa garantir sua sobrevivência, estando previsto na Constituição Federal conforme dispõe o artigo 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da constituição" (BRASIL, 1988). O ser humano, a partir do seu nascimento até sua morte, precisa de calção dos seus genitores e de bens sumarríssimos para a sua própria sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos.

Os alimentos não abrangem somente a alimentação mas sim tudo aquilo que for necessário para que o ser humano possa sobreviver em sociedade como medicações, consultas, vestuário entre as demais, podem ser devidas de pai para filho mas também o inverso, no qual cônjuges e parentes podem pedir uns para os outros caso não haja situação digna para se manter, conforme previsto no artigo 1695 do código civil : " São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento."(BRASIL, 2002).

Os alimentos possuem características personalíssimas, destinado a uma pessoa certa e determinada, aquele que está necessitando, não podendo assim ser transferido de uma pessoa para outra. Também é recíproco sendo assim qualquer um pode pedir esta prestação uns aos outros, por fim são irrepetíveis, ou seja, uma vez fixados e pagos não poderão ser devolvidos. De acordo com o princípio da irrenunciabilidade, os alimentos são irrenunciáveis, porém, estes podem ser dispensados em dado momento e pleiteados novamente quando houver necessidade.

No que se refere ao princípio da periodicidade, na maioria dos casos os alimentos são pagos mensalmente e por ser de natureza alimentar não é aceito o pagamento de todas as prestações de uma só vez, pois caso o alimentado faça uma má administração das prestações poderá futuramente vir a passar necessidades básicas.

2.2 Responsabilidade da Autora

Outrora em seu projeto, a Lei 11.804/2008 em seu artigo 10º trazia o seguinte ordenamento: “Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, o objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu”. Entretanto o referido artigo fora vetado pois ocasionava grandes contraposições e desavenças com anuência do Ministério da Justiça e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres sob a seguinte motivação:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar danos a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação. (BRASIL, 2008).

Desta forma, a gestante estaria sendo intimidada já que ao entrar com um processo, se este resultasse negativo, a mesma seria culpada tendo que indenizar o suposto pai, surgindo assim uma brecha, preconizando ainda mais a situação da genitora, não tendo recursos para poder arcar com o capital em caso de indenização, se afastando do Poder Judiciário bem como do seu direito.

Em regra, os alimentos não podem ser restituídos, pois tem como finalidade garantir a sobrevivência, como traz o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, sendo que aquele que prestou alimentos indevidamente está desamparado, dissertando a doutrina que: “A própria natureza dos alimentos justifica, por si só a impossibilidade de serem restituídos. Por isso, a alteração, para menor, do valor da pensão não dispõe do efeito retroativo. Passa a vigorar tão somente com referência aos valores vencidos.” (DIAS, 2005, p.108).

Contudo, há divergências entre doutrinadores que defendem que a autora ainda tem responsabilidade subjetiva, se a mesma agir com má-fé, imprudência ou imperícia, conforme exposto:

Embora o referido artigo da Lei tenha sido revogado, ainda existe a possibilidade de ação de regresso contra os danos gerados por este tipo de ação, pois a responsabilidade civil supera o veto existente na lei, aplicando-se a qualquer relação regida pelo Direito Civil, não deixando margens descobertas para danos, concluindo-se então, que a ação de reparação de danos fica então não albergada na lei específica, mas, no âmbito geral de aspectos civis’. (DONA, 2012).

Seguindo esse pensamento, o réu ainda poderia ser indenizado caso não fosse o verdadeiro pai, no qual estaria agindo amparado por analogia pelo artigo 186 do Código

Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Permanece então a regra geral da responsabilidade subjetiva do artigo 186 do C.C ao qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada sua culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ou dolo (vontade deliberada de causar prejuízo) ao promover a ação.

Por fim, cita-se o art. 927 do Código Civil, reafirmando os ditos do art. 186 e 187: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Desse modo, pode-se propor ação indenizatória contra o verdadeiro pai, pois era deste o verdadeiro dever de amparar, devendo assim restituir a aquele que auxiliou indevidamente.

Assim, a autora se responsabilizará tanto em sua conduta culposa quanto na dolosa, vez que caracteriza abuso de direito, concretizando o exercício irregular do direito, que segundo o artigo 927 do Código Civil se equipara ao ato ilícito, fundamentando-se para a responsabilidade civil.

A legitimação dos danos materiais sofridos se realizará através da demonstração da quantia gasta, apresentando descontos em folha, bloqueios judiciais, ou qualquer documento que ateste o débito gasto em alimentos gravídicos, possibilitando juntar com o pedido de indenização por danos morais, uma vez condenando aquele que não era o verdadeiro pai, além gerar o encargo financeiro, acarreta grande dano psicológico ao réu.

Os pedidos de indenização por dano moral e material situa-se nos artigos 186 e 187, do Código Civil e também na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X.

Segundo o artigo 927 do Código Civil que dispõe sobre o dever de indenizar daqueles que cometem ato ilícito. Aquele que através de um ato ilícito prejudicar a outrem, fica obrigado a repará-lo, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade praticada pelo autor do dano implicar riscos para os direitos de outrem.

Além da indenização por dano moral e material, alguns doutrinadores entendem que há possibilidade de pedir por litigância de má-fé, provando que a gestante sabia que o suposto pai não era o requerido citado, e agiu assim para obter uma vantagem financeira sobre terceiro inocente. Configurando abuso de direito (artigo 187 do CC), que caracteriza o exercício irregular do direito, que, por força do artigo acima citado e do artigo 927 do Código Civil, corresponde ao ato ilícito e fundamento para a responsabilidade civil.

A irrepetibilidade dos alimentos é um conceito dos autores que dissertam sobre os alimentos, porém alguns doutrinadores como Yussef Said Cahali, admitem a relativização da irrepetibilidade dos alimentos.

Quanto à restituição dos alimentos Arnold Wald sustenta que:

“Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los”.

Baseado nesse entendimento, utiliza-se para reaver a quantia paga na ação de repetição do indébito, que deverá ser dirigida contra quem realmente deveria pagar, que no qual é o verdadeiro pai. Todavia a própria gestante, demonstrando condições necessárias, poderá ser acionada para restituição dos valores, com isso as ações de alimentos gravídicos seriam ajuizadas com mais responsabilidade e cautela.

Já ocorre o entendimento jurisprudencial pela procedência da repetição do indébito em casos de alimentos comuns, lei 5.478/68, servindo de parâmetro para futuras decisões sobre restituição nos alimentos gravídicos.

Portanto, mesmo que o legislador tenha suprimido a responsabilidade objetiva da gestante, ainda existe contra ela a responsabilidade subjetiva por danos morais e materiais descritos nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil, como também para aquele que prestou os alimentos gravídicos e não os deviam, o direito de serem reparados pelos danos sofridos, através da ação de repetição de indébito e litigância de má-fé.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Nascituro é aquele em que foi gerado, mas ainda não nasceu, a personalidade jurídica, trata dos seus direitos e garantias. O Código Civil em seu artigo 2º dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, portanto o nascituro tem direitos protegidos a partir do momento em que foi concebido, sendo tutelados por sua genitora.

Independentemente de lei, o nascituro tem garantido pela Constituição Federal direito ao sadio desenvolvimento durante a gestação, pois a Constituição protege o direito à vida de modo geral, inclusive a uterina.

Além da Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente o nascituro é sujeito de direitos, e este impõe que o Estado deve garantir o sadio e harmonioso desenvolvimento do nascituro e garante acompanhamento médico durante a gestação, tudo isso com o intuito de proteger o nascituro.

Porém encontramos dois posicionamentos dos doutrinadores, no qual dispõem duas teorias, sendo elas: A Natalista e a Concepcionista.

A Teoria Natalista fundamenta-se no Código Civil de 1916, no qual estabelece que a personalidade jurídica é garantida apenas com o nascimento com vida, não dando direitos antes deste momento, afirmando assim que o nascituro tem uma mera expectativa de direitos futuros que depende do nascimento com vida.

“O nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso.” (Sérgio Semião Abdala, 2008, p. 40)

Já a Teoria Concepcionista em que é adotada pelo Código Civil de 2002 defende que o nascituro é pessoa humana, portanto é detentor de direitos e garantias não necessitando de requisitos como o nascimento com vida, de acordo com a mesma o nascituro já tem seus direitos a partir do momento em que foi gerado.

A personalidade civil já existe no nascituro, sem necessidade de nenhuma situação para se consumir como nascimento, com sua personalidade sendo adquirida dès de a concepção. Essa teoria tem respaldo na constituição uma vez que o art. 2º concede direitos ao nascituro que se estendem ao natimorto direitos esses que concernem a personalidade jurídica tal qual direito a vida, nome, sepultura. (PACHECO, 2018).

Assim, o nascituro a partir de sua concepção até seu nascimento já é portador de direitos assegurados por legislação vigente, considerado um ente dotado de personalidade formal e material, tendo inúmeros direitos, tais como o direito a identidade genética, a indenização pela morte do pai, a alimentos gravídicos, a imagem e a honra.

4 INDÍCIOS DE PATERNIDADE

A lei 11804/2008 prevê em seu Artigo 6º: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.”, portanto nota-se que não é necessário apresentar provas robustas para comprovação da paternidade efetiva, uma vez que tal prova traria riscos à saúde de seu bebê.

Neste sentido, constitui que a gestante deve trazer ao juiz os indícios, por meio de provas concretas, materiais, testemunhais, até mesmo fotos, conversas nas redes sociais,

cartas, o necessário para que verdadeiramente convençam de sua veracidade, isto é, que há grande possibilidade deste ser o verdadeiro pai da criança.

Os indícios de paternidade e possível acordo em audiência de conciliação não impõe, salvo que o objeto do acordo seja o reconhecimento voluntário da paternidade, a fixação do suposto pai obrigado pelos alimentos gravídicos como pai daquela prole credora dos alimentos. Ao nascer, todo o procedimento de investigação de paternidade deverá ocorrer, lembrando que se houver reconhecimento voluntário, mas, fundado este em vício de vontade, poderá ser revisitado em ação própria conforme entendimento dos tribunais superiores neste sentido.

O juiz sendo convencido da existência de indícios de paternidade, serão fixados alimentos gravídicos, no qual serão concedidos com base na necessidade da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Nesta perspectiva Douglas Philips Freitas diz:

Entendo que os alimentos gravídicos, embora em sua fixação se respeite a proporção dos ganhos da gestante e do suposto pai, na oportunidade do rateio das despesas, não devem ser fixados sobre percentual da remuneração do suposto pai/alimentante, ao contrário da pensão alimentícia que, esta sim, pode e se aconselha que assim seja fixado. Justifica-se tal posição, pois nos Alimentos Gravídicos o olhar é para as despesas da gravidez, de regra, fixas e previsíveis. Já na Pensão Alimentícia, o olhar é na inter-relação entre necessidades do alimentando, disponibilidade do alimentante, e proporcionalidade entre ambos os critérios, que permite por vez, ante o padrão socioeconômico do alimentante a aferição de pensão muito superior às necessidades do alimentando. (PHILIPS, Douglas 2011, p.86).

Assim, o Parágrafo Único da referida lei disserta: "Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão". (BRASIL, 2011)

Uma vez decretado os alimentos gravídicos, o alimentante fica obrigado a pagá-lo, sob pena de prisão por inadimplência nas prestações dos alimentos gravídicos, o cumprimento da sentença, segue o rito dos arts. 528/533, com a aplicação completa do disposto nos arts. 911/913 do CPC/2015. O executado será intimado pessoalmente para em 3 (três) dias: pagar o débito; provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo. (arts. 528, caput e 911do CPC). Caso o executado não pague ou se a justificativa

apresentada não for aceita pelo juiz, será determinado o protesto da sentença e a decretação da prisão do alimentante.

5 CONCLUSÃO

Em suma, nota-se que a lei de alimentos gravídicos teve por intuito fornecer todo um calção ao se tratar do bem-estar do nascituro, bem como de sua genitora (haja vista que ambos estão relacionados), contudo, conforme apresentado, extrai-se do presente estudo que a lei publicada em 05 de novembro de 2008 era inevitável, e que a sua vigência no meio normativo brasileiro seria apenas uma questão de vontade legislativa. O constatado se deu por meio da previsibilidade constitucional (previsto no art. 6º) bem como civil (art.1695) fazendo com que a lei apenas se apresentasse para resolver um problema sem previsão legal.

Diante do exposto, nota-se que em inúmeros pontos do Código Civil, o nascituro, dentre outros direitos, tem resguardado o direito à vida e o direito a alimentos, uma vez que estes se revestem de caráter essencial, sem os quais os demais direitos não teriam nenhum valor.

Essa lei possibilita a gestante receber do suposto pai subsídios financeiros para arcar com as despesas que vão do período gestacional ao parto, porém, a lei condena o réu ao pagamento das parcelas alimentícias baseando-se apenas em indícios de paternidade, gerando conflitos sobre o assunto, por estar impondo o pagamento a um terceiro inocente, já que a paternidade é presumida e não confirmada cientificamente.

Se após a prestação de alimentos o suposto pai confirmar que não é o verdadeiro pai, poderá este, pedir indenização por dano material, provando a responsabilidade própria da genitora, demonstrando culpa ou dolo com que tenha agido a gestante, realizando a junta dos documentos comprovando os gastos que lhes foram imputados indevidamente, podendo ainda, cumular a ação de danos materiais com o pedido por danos morais, calhando ao autor provar os abalos psicológicos que tenha suportado.

Da mesma forma, o réu poderá utilizar do pedido de repetição do indébito, comprovando o pagamento indevido, porém pode haver algumas dificuldades em função do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, entretanto nada impede sua utilização como ferramenta processual e também utilizar-se da litigância de má-fé, uma vez que as partes devem agir com prudência, lealdade e boa-fé, devendo ser punidos aqueles que exageram de suas pretensões, comprovando que a gestante agiu de má-fé.

Ademais, o cuidado em promover tal acessibilidade à justiça à autora deve ser enaltecido, uma lei que versa sobre direitos de alimentos e que trabalha com uma parte

vulnerável não poderia prever um ônus exorbitante a alguém com uma situação financeira e psicológica abalada, e a possível indenização do requerido sobre o verdadeiro pai biológico, mostra que a lei foi extremamente elaborada e que tende a perdurar no código normativo brasileiro justamente por trazer a sensação de justiça para todos os envolvidos.

REFERENCIAS

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. 2016. Disponível em:

<<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/410059212/alimentos-gravidicos>>.

Acesso em: 03 de julho de 2021.

BRASIL. Lei Federal N.º 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>.

Acesso em: 08 de julho de 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 6.º edição. São Paulo: Editora RT, 2009. p. 108.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 5.º ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 2.º Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 452.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias,** 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010. p. 503.

FELIPE, Nicolas Elias. **As teorias da concepção e o nascituro no direito brasileiro: A personalidade jurídica no Código Civil de 2002.** Uma análise construtiva crítica e atual. 2017. Disponível em: <>. Acesso em: 03 de julho de 2021.

FREITAS, Douglas Philips. **Alimentos gravídicos:** comentários à Lei nº 11.804/2008. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 86.

GOMES, G. A; MENDES, D. P; BAETA, B, R. P. **ALIMENTOS GRAVIDICOS:** Um direito de personalidade do nascituro. 2 ed. Julho – dezembro, 2017. Disponível em: <<https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/59/59>>. Acesso em: 08 de julho de 2021.

GONÇALVES, C. R. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO:** Direito de Família. 11.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 581.

KAIR, Fábio Marôt. **Danos morais por constrangimento por inadimplência em instituição de ensino.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16075/danos->

morais-por-constrangimento-por-inadimplencia-em-instituicao-de-ensino/2>. Acesso em: 11 julho de 2021.

ORTEGA, T. F. **STJ - AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS SE EXTINGUE OU PERDE SEU OBJETO COM O NASCIMENTO DA CRIANÇA?** 2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/491971907/stj-acao-de-alimentos-gravidicos-se-extingue-ou-perde-seu-objeto-com-o-nascimento-da-crianca>>. Acesso em: 08 de julho de 2021.

PRADO, Pedro. **ALIMENTOS GRAVÍDICOS E SEUS ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS PARA O NASCITURO E A GESTANTE.** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59039/alimentos-gravidicos-e-seus-aspectos-sociojuridicos-para-o-nascituro-e-a-gestante>>. Acesso em: 06 de julho de 2021.

SILVA, A, A. N. **ALIMENTOS GRAVÍDICOS: ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDENCIA ATUAL SOBRE OS ASPECTOS POLEMICOS DA LEI.** Florianópolis – SP, 2012. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/702/106782_Natalia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 de julho de 2021.

SILVA, R. B. T. **ALIMENTOS GRAVÍDICOS.** Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/alimentos-gravidicos/>>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil.** Volume VI - Direito de Família. 7 Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.p. 367

WALD, Arnold. **Direito de família.** Colab. Luiz Murillo Fábregas. 4. ed. São Paulo: RT, 1981 apud CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p.107.

AQUISIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PELO EMPREGADO EM PROGRAMAS DE COMPUTADOR, A CLÁUSULA DE TAIL E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

LEONARDO DA COSTA CARVALHO:

Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP, Especialista em Direito do Trabalho pela PUC-SP (2021), Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale (2018), graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012) e graduado em Sistemas de Informação pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006)

Resumo: Nosso ordenamento jurídico protege a propriedade intelectual, especialmente aquela produzida pelo empregado durante a sua jornada de trabalho, garantindo ao empregador os direitos de exploração sobre tal produto. No presente artigo, será tratado especificamente sobre a proteção do programa de computador e uma sugestão de cláusula que possa criar um equilíbrio para uma contraprestação justa, na hipótese de venda futura do programa de computador desenvolvido pelo empregado. Considerando a permissão na CLT para o estabelecimento livre de condições entre as partes, bem como a disposição legal sobre os direitos de exploração dos programas de computador, é sugerida uma cláusula que pode ser tanto utilizada para formar o pacote de remuneração do empregado, como para garantir uma justa contraprestação pelo valor gerado no desenvolvimento do programa de computador. Adicionalmente, discorre-se também sobre a possibilidade de incluir o tema nas negociações coletivas de trabalho, eis que os Sindicatos possuem muito mais força negocial quando tratam de um tema coletivamente se comparado com uma negociação da autonomia individual da vontade do empregado que busca um novo emprego. O procedimento de pesquisa foi histórico, comparativo, funcionalista e a interpretação foi sistemático-sociológica. A pesquisa baseou-se em materiais bibliográfico-documentais.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Programa de computador; Cláusula de Tail; Negociação Coletiva.

Abstract: Our legal system protects intellectual property, especially that delivered by the employee during their working day, guaranteeing the employer the rights to exploit such product. In this article, we will deal specifically with the protection of the computer software and a suggestion for a clause that can create a balance for fair consideration, in the event of future sale of the computer software developed by the employee. Considering the permission in the Labor Law for the free establishment of conditions between the parties, as well as the legal provision on the exploitation rights of computer programs, a clause is

suggested that can be used both to form the employee's remuneration package and to ensure fair consideration for the value generated in the development of the computer program. Additionally, it is also discussed the possibility of including the topic in collective labor negotiations, because Unions have much more negotiating strength when dealing with an issue collectively compared to the individual autonomy negotiating of the employee who seeks a new job. The research procedure was historical, comparative, functionalist and the interpretation was systematic-sociological. The research was based on bibliographic-documentary materials.

Keywords: Intellectual Property; Software; Tail Clause; Collective Negotiation.

Sumário: Introdução; 1. Preceitos legais acerca da aquisição do direito de propriedade intelectual pelo empregado em programas de computador; 2. A Cláusula de Tail como meio de garantir uma contraprestação proporcional ao trabalho desenvolvido; 3. A atuação sindical na negociação coletiva para assegurar direitos sobre propriedade intelectual; Considerações Finais.

Introdução

A proteção da propriedade intelectual sempre foi um dos pilares para o desenvolvimento de economias fortes, pois embora se crie limitações ao princípio da livre iniciativa, premia àqueles que inovam no mercado, criando um ambiente empresarial favorável ao crescimento econômico.

Como parte do meio para se criar novos produtos, invenções e produção intelectual, se faz necessária a utilização de pessoas devidamente capacitadas. Especialmente no desenvolvimento de programas de computador, cuja proteção é regulamentada pela Lei 9.609/98, há muitas vezes uma discrepância entre o capital e o trabalho, na qual o empregado desenvolve uma nova tecnologia que futuramente pode ser vendida por milhões de reais, sem uma justa retribuição pelo trabalho desenvolvido, ainda que seja do empregador o risco pelo negócio.

Neste sentido, considerando a possibilidade de livre estipulação das relações de trabalho prevista na CLT, ou mesmo por meio de negociações coletivas, as partes podem passar a estabelecer uma cláusula que atribua uma contrapartida remuneratória pela venda futura do programa de computador, na qual o trabalhador tenha participado.

Diante disso, o estudo abordará a fundamentação legal sobre a propriedade intelectual dos programas de computador, a disponibilidade de negociação de direitos sobre o desenvolvimento deste, bem como a possibilidade de se estabelecer direitos, por

meio de negociações coletivas, como medida de equilibrar o capital e o trabalho, no âmbito das empresas de tecnologia, criando uma nova forma retribuição ao labor.

1 – Preceitos legais acerca da aquisição do direito de propriedade intelectual pelo empregado em programas de computador

As produções intelectuais humanas, sob a ótica de sua proteção legal, são divididas em dois grupos distintos: Direito Autoral e Propriedade Industrial. Quanto ao Direito Autoral, ela se desdobra em direito do autor, direitos conexos e programas de computador. Por sua vez, a Propriedade Industrial, abrange invenções, modelos de utilidade, desenho industrial, marcas, circuitos integrados e cultivares³³².

Gabriel Saad³³³, citando Gama Cerqueira, pontua que o processo de evolução história da propriedade intelectual no Brasil, teve início com o Alvará de 28 de janeiro de 1809, logo após a transferência da Corte Portuguesa ao Brasil, eis que antes de período, inexistia qualquer interesse de proteção de propriedade industrial.

Dentre as inúmeras evoluções, a partir da Primeira Constituição Federal do Brasil (CF) em 1824, na qual dispôs em seu artigo 179, inciso XXVI que “os inventores terão a propriedade das suas descobertas ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará um ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização”³³⁴, passou-se a positivar as questões relativas à proteção da propriedade industrial.

Nosso ordenamento vigente, sobre e proteção dos programas de computador, encontra guarida no artigo 5º, incisos XXVI, XXVIII e XIX da CF de 1988, tratados internacionais, como a Convenção de Berna para Proteção de Obras Literárias e Artísticas, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948³³⁵ e pela Lei 9.609/98, também chamada de Lei de software.

Para definição do escopo do que vem a ser Programa de Computador, o artigo 1º da Lei de software, determina que é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos,

³³² MINHARO, Francisco Luciano. **A propriedade intelectual no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 38-39.

³³³ SAAD, Eduardo Gabriel et al. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 51ª ed. atual. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2019. P. 711

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ Cláusula XXVII, item 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Dentre as normas previstas na Lei de Software, temos que sua abrangência se refere a empregados, bolsistas e assemelhados, sendo que a titularidade do programa produzido, será atribuída ao empregador, quando este for desenvolvido durante o serviço e ao empregado, quando não for desenvolvida durante o expediente. Não há disposição para as hipóteses de criação mista, na qual parte do desenvolvimento ocorre de forma livre e parte durante o expediente laboral.

Quanto a sua proteção, por se equiparado ao Direito Autoral, não enseja exclusividade, porém impede que seja transcrito ou copiado o seu código. Em termos práticos, esta é a razão de vermos programas concorrentes para as mais diversas áreas da tecnologia, como editores de texto, planilhas de cálculos e sistemas de geolocalização e direcionados para atendimentos de necessidades específicas, nas mais diversas áreas do conhecimento.

Assim, uma vez definida a titularidade e proteção dos direitos do software, os seus resultados serão a obtenção de lucro com a sua exploração no mercado. Ocorre que podem existir situações em que o valor obtido pelo software, na qual o empregado concorreu com a sua criação, quer seja durante o expediente, quer seja de forma híbrida, podem ser um ativo de robusto valor futuro, em descompasso com a contraprestação percebida pelo empregado durante o seu desenvolvimento.

Como resultado, com fulcro no artigo 444 da CLT, em que as partes são livre para estipular condições de trabalho, nas quais não contraponham a proteção dos direitos do empregado, há a possibilidade de se estabelecer uma cláusula denominada "Tail", cujos efeitos podem vir a ser concretizados em um evento futuro, inclusive após o término da relação de emprego, o qual passa a ser abordado em mais detalhes no tópico seguinte.

2 – A Cláusula de Tail como meio de garantir uma contraprestação proporcional ao trabalho desenvolvido

A cláusula de Tail, trata-se de uma regra muito comum utilizada nos contratos com atletas desportivos, pela qual se estabelece que uma venda futura dos direitos sobre este atleta, ensejará o pagamento de uma indenização adicional, decorrente do trabalho que foi desenvolvido para a formação do jogador.

Em outras palavras, considerando que o artigo 4º da Lei de Software dispõe que a criação do programa de computador nos casos em que for desenvolvido durante a jornada de trabalho seja de titularidade do empregador, as partes, caso desejarem, podem estipular

uma condição de participação no resultado futuro de uma venda do programa de computador, como uma medida de retenção do empregado no projeto e/ou como uma contraprestação pela ideia e contribuição no desenvolvimento da ferramenta.

Com o objetivo de viabilizar a condição futura, recomenda-se a estipulação de cláusula conforme sugestão de redação abaixo:

“Mecanismo de Tail. Caso o Empregador aceite qualquer proposta futura de venda do programa de computador ou da alienação do controle da Sociedade com este programa de computador, com a transferência dos direitos sobre o programa de computador, apresentada em decorrência de uma Oportunidade formulada durante a vigência do Contrato de trabalho ou em um período adicional de 24 (vinte e quatro) meses, contados do término contratual por qualquer motivo, resultando em Evento de Liquidez, o empregado fará jus a uma remuneração adicional de [a ser definido] a título de Honorários de Sucesso, sendo certo que os termos desta cláusula terão efeito e serão vinculativos às Partes mesmo após o término deste Contrato por qualquer motivo.”

Entretanto, considerando que na prática os empregados desenvolvedores de software figuram como partes hipossuficientes em uma relação laboral, ficando relegada a poucos trabalhadores a possibilidade de negociar, em par de igualdade uma condição que possa ensejar um benefício do mecanismo de Tail no futuro, este papel pode ser estabelecido pelo Sindicato da categoria, o qual possui condições mais robustas para indicar premissas de proteção futura sobre a alienação dos ativos do empregador, decorrentes de programas de computador.

Com efeito, vejamos em detalhes a abordagem prática de estipulação de cláusula neste sentido, mediante o estabelecimento de negociação coletiva.

3 – A atuação sindical na negociação coletiva para assegurar direitos sobre propriedade intelectual

A negociação coletiva está prevista expressamente em nossa Constituição Federal através dos artigos. 7º, caput e inciso XXVI, com a exigência de participação dos sindicatos nas negociações, a teor do artigo. 8º, inciso VI da CF. No âmbito dos tratados internacionais, temos as Convenções 98, 135 e 151 da OIT, combinadas com as Recomendações 91 e 163.

Na CLT, a negociação coletiva está prevista nos artigos. 611 a 625 da CLT.

Quanto ao fomento das negociações coletivas, o professor Maurício Godinho Delgado³³⁶, preleciona sobre o Princípio da adequação setorial, na qual visa criar harmonia da norma coletiva com a norma estatal com dois critérios objetivos: (a) implementar um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação; (b) transacionar setorialmente parcelas de indisponibilidade relativa.

Conforme tratado no tópico anterior, muitos dos programas de computadores desenvolvidos por empregados, podem no futuro, torna-se ferramentas cujo valor ultrapassem bilhões de reais. Tal assertiva se torna cada vez mais corriqueira, ao analisarmos que 33% das maiores empresas do mundo, conforme dados do Visual Capitalist de 2021, advém do setor de tecnologia³³⁷.

Quanto ao que é possível negociar entre as partes, a Reforma Trabalhista, por meio da Lei 13.467/2017, dispôs um rol exemplificativo, através do artigo 611-A da CLT, além de prever que os acordos coletivos possuem prevalência sobre as Convenções Coletivas, para evitar discussão acerca da teoria da norma mais favorável e conglobamento.

Adicionalmente, por meio do artigo 8, §3º da CLT, limitou a atuação do poder judiciário quanto a valoração destes instrumentos, devendo-se balizar sobre a intervenção mínima e apenas quanto aos elementos essenciais do negócio jurídico.

Assim, com bases nestas premissas, é possível estabelecer cláusulas garantindo aos empregados que tenham contribuído na criação e desenvolvimento de programas de computadores que, em determinado tempo futuro, sejam vendidos com substancial margem de lucro, retribuindo àqueles que originalmente desenvolveram a ideia, com a utilização do mecanismo de Tail, apresentado no tópico anterior.

Desta forma, é possível que capital e trabalho, no âmbito das relações de produção de programas de computador, cujo mercado tem se desenvolvido de forma substancial nos últimos anos, possam estabelecer métricas que busquem premiar e encorajar a criação e desenvolvimento de melhorias e temas que sejam disruptivos para a economia.

Considerações Finais

³³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18a. ed. São Paulo: LTr, 2019

³³⁷ VISUAL CAPITALIST. **The biggest companies in the world in 2021**, 2021. Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/the-biggest-companies-in-the-world-in-2021/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Como visto, temos que os programas de computador, atualmente regulamentados e protegidos pela Lei de Software, são passíveis de estabelecimento de regras que busquem atribuir vantagens tanto para o empregador quanto para o empregado.

Dentro desta liberdade de estipulação entre as partes, permite-se inclusive atribuir um valor de contraprestação justa, para uma futura alienação do programa de computador desenvolvido com a contribuição ou exclusividade do empregado, mesmo após o término do contrato de trabalho. Atribui-se a esta cláusula de contraprestação futura, o nome de Tail.

Entretanto, é sabido que, de uma forma geral, os empregados são entes hipossuficientes no estabelecimento de regras acerca de vantagens futuras do contrato de trabalho, especialmente durante o processo de admissão, quando muitas vezes estão buscando novas oportunidades de trabalho.

Neste sentido, alternativamente, os Sindicatos podem passar a incluir este fato jurídico na pauta de suas negociações, a depender do negócio desenvolvido pelo empregador, eis que possui muito mais poder de negociação do que um empregado sozinho, inclusive nas hipóteses em que o desenvolvimento abranja umas coletividades de desenvolvedores de sistemas.

Com efeito, surge uma nova possibilidade de se equilibrar o capital e trabalho, até mesmo pelo fato de que a tecnologia vem ocupando cada vez mais espaço no rol de valor de mercado mundial, tendo empresas de desenvolvimento de software figurando entre as mais valiosas.

Referências Bibliográficas

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical – Da CLT à Reforma Trabalhista de 2017 (Lei n. 13467)**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

AROUCA, José Carlos. **Comentários à Legislação Sindical - Da CLT à Reforma Trabalhista de 2017 (Lei n. 13467)**. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18a. ed. São Paulo: LTr, 2019.

MINHARO, Francisco Luciano. *A propriedade intelectual no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel et al. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 51ª ed. atual. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada [livro eletrônico]**. 2 ed. rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VISUAL CAPITALIST. **The biggest companies in the world in 2021**, 2021. Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/the-biggest-companies-in-the-world-in-2021/>>. Acesso em: 1 set. 2022.

MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE: PARÂMETROS INTERNACIONAIS E DESAFIOS NACIONAIS

RANI GOMES GEDEON: Graduada na Universidade Federal Do Maranhão. Pós Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade De Ciências e Tecnologias De Campos Gerais – FACICA. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a discussão acerca dos parâmetros internacionais e desafios nacionais das mulheres privadas de liberdade, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, tratou-se dos dispositivos normativos, dos direitos e garantias fundamentais das mulheres encarceradas, sendo feita uma análise em busca de soluções ao sistema penitenciário feminino no ordenamento jurídico interno.

1.Introdução

O presente trabalho científico irá abordar acerca das mulheres privadas de liberdade, ressaltando suas peculiaridades, como um grupo hipervulnerável, inseridas em um sistema de violação de dignidade humana massivo, tema de inquestionável atualidade e importância. As internas sofrem triplamente preconceito e discriminação, primeiramente unicamente por serem mulheres, secundamente por serem, a maioria, egressas dos setores sociais desfavorecidos e de instrução mínima, e por fim, por serem reclusas.

A situação global destas mulheres, ressalvadas algumas variações, conta com aspectos semelhantes e peculiares, quais sejam: alto índice de encarceramento por delitos relacionados com a venda e o tráfico de drogas ou ofensas menores, com penas desproporcionais; o abuso sexual e violência dentro dos presídios; dificuldades com as responsabilidades sobre o cuidado dos filhos, incluído a dificuldade do período de gestação e amamentação; necessidades específicas de gênero em que não são devidamente assistidas; escassa visita dos familiares; constrangimento de revistas íntimas vexatórias; violação do direito à sexualidade; estigmatização pós-liberação, em razão de estereótipos sociais de gênero e vitimização (LIMA, 2001).

A situação é agravada com a omissão histórica dos poderes públicos quanto às mulheres privadas de liberdade, cuja vulnerabilidade foi reconhecida desde 1994 pela Convenção Internacional para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (BRASIL, 1994).

O Estado, portanto, deve enfrentar a problemática em acordo com a normativa e jurisprudência internacional e nacional, com políticas públicas e penitenciárias que as vejam com sujeitos de direitos, com necessidades biológicas e sanitárias específicas, decorrentes do seu gênero.

Tendo como ancoragem a elucidação acima realizada, o objetivo geral deste artigo científico reside em analisar o sistema prisional feminino através da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, o problema enfrentado nesta oportunidade reside em: quais direitos e garantias fundamentais das mulheres recolhidas em estabelecimentos prisionais são violados tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana e normativas internacionais?

Para encontrar respostas ao problema suscitado acima, o presente artigo foi estruturado em três capítulos, que consistem nos objetivos específicos da pesquisa realizada. O primeiro capítulo visou discorrer sobre o direito internacional e o grupo de normas que tratam sobre mulheres que estão reclusas em estabelecimentos prisionais, tratando sobre Regras de Mandela e Regras de Bangkok, ambas atreladas ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em segundo momento, foi realizada a identificação do tema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, buscando verificar os direitos e garantias fundamentais que mulheres presas possuem, no plano constitucional e infraconstitucional.

Por fim, foi realizada uma delimitação do quadro de crise enfrentada pelo sistema penitenciário feminino brasileiro, evidenciando a massiva violação de direitos e garantias fundamentais das mulheres.

Quanto ao motivo social, o recorte realizado buscou traçar um panorama geral das omissões do poder público perante o sistema penitenciário feminino, sendo um tema de grande relevância para a sociedade, considerando sua atualidade. A importância científica reside em compilar um tema complexo e de relevância expressiva para a comunidade acadêmica entusiasta na proteção de direitos humanos e do sistema carcerário brasileiro. Pessoalmente, a temática toca a autora devido a afinidade, na medida em que o tema recai em estudos direcionados aos direitos humanos.

Metodologicamente este artigo científico utilizou o método qualitativo para alcançar seus resultados, tendo em vista que a partir do recorte feito ao tema e do referencial teórico desenvolvido alcançamos o objetivo geral e os específicos (GIL, 2010).

Quanto aos procedimentos metodológicos, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica e documental, através do uso de doutrina específica sobre o tema, leis e

artigos científicos. Quanto ao caráter da pesquisa, é caracterizada como exploratória, pois a partir da problemática desenvolvida inicialmente, foi realizada busca de bibliografias disponíveis para alcançar respostas plausíveis (LAKATOS; MARCONI, 2003).

2. Parâmetros normativos no direito internacional sobre mulheres privadas de liberdade

O sistema penitenciário feminino é composto por situações específicas e graves em boa parte do mundo, havendo inobservâncias aos normativos internacionais que versam sobre a temática, dos quais serão tratados na sequência.

Um importante marco histórico aos direitos humanos internacionais consiste na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento firmado após o panorama internacional decorrente da Segunda Guerra Mundial, com intuito de proteger a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas condições. Assim sendo, "a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos" (PIOVESAN, 2015, p. 223), evitando discriminações e violações aos direitos de cada indivíduo.

O artigo VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos indica que tal condição é garantida independentemente do local que esteja o indivíduo. Deste modo, não seria o cárcere capaz de excluir ou violar direitos de indivíduos em condição de isolamento da sociedade, havendo a necessidade de proteção dos direitos e garantias de internos (ONU, 2009).

Pelo caráter de universalidade de direitos e da irrestrita observância à dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal de Direitos Humanos possui força jurídica vinculante, conforme assevera Flávia Piovesan (2015, p. 230):

A Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão "direitos humanos", constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante. Os Estados-membros das Nações Unidas tem, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração (PIOVESAN, 2015, p. 230).

Indo além, existem correntes doutrinárias que fazem o indicativo de que toda a norma que faça vistas aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana deve possuir aplicação *erga omnes*, independentemente de o país ser membro das Nações Unidas, em razão das normas previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos serem de direito internacional consuetudinário e utilizadas como fundamento e fonte do direito internacional por Cortes internacionais (PIOVESAN, 2015).

De mais a mais, a Constituição Federal de 1988, conforme demonstraremos no capítulo seguinte, possui grande influência da referida Declaração, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Neste mesmo intuito, existe um conjunto de normas internacionais específicas enfatizando a dignidade da pessoa humana e o sistema penitenciário feminino. Para tanto, passaremos a verificar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela) e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

Os documentos mencionados acima influenciaram nas legislações internas de muitos países, representando grandes avanços legislativos que tocam aos interesses dos encarcerados. O ministro Ricardo Lewandowski destacou a importância das Regras de Mandela, conforme vemos abaixo:

Fornecer-nos orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam que sejam respeitados proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 10).

Apesar das Regras de Mandela delimitarem recomendações sobre o tratamento mínimo a ser dado para a pessoa em recolhimento ao cárcere, o próprio corpo do documento reafirma que seu caráter não é vinculante, podendo haver adaptação nas aplicações fáticas das recomendações no ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros. No entanto, tais modificações não podem suprimir o espírito e propósito das Regras de Mandela, o qual visa garantir a dignidade da pessoa humana aos internos em estabelecimento prisional, conforme destacado na Regra 1 do documento, vejamos:

Regra 1 – Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 19).

Para buscar efetivar a implementação das Regras de Mandela no Brasil, foram desenvolvidos alguns programas com intuito de melhorias das unidades prisionais e garantir tratamento digno aos encarcerados, dos quais podemos mencionar a implementação das Audiências de Custódia (artigo 310 do Código de Processo Penal) e o Programa de Ações Intersetoriais de Assistência à Saúde e de Assistência Social para o Sistema Prisional (PAISA) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

No entanto, as Regras de Mandela não tratam com exclusividade sobre recomendações para a situação do encarceramento feminino. Tais orientações mais precisas são encontradas nas Regras de Bangkok, desenvolvidas através de um recorte de gênero para atender aos direitos e garantias fundamentais da mulher em situação de cárcere (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). Tal recorte é firmado logo na Regra nº 1 do documento, conforme destacamos abaixo:

Regra 1 – A fim de que o princípio de não discriminação, incorporado na regra 6 das Regras mínimas para o tratamento dos reclusos, seja posto em prática, deve-se ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção a essas necessidades para atingir igualdade material entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 19).

Cumprido destacar que o tratamento diferenciado dado ao atendimento das especificidades das mulheres presas não é um ato discriminatório. A bem da verdade, com vistas à igualdade em seu caráter material, o conjunto normativo das Regras de Bangkok, visa garantir que a dignidade da mulher seja minimamente garantida dentro do estabelecimento prisional, pois suas necessidades não podem ser equiparadas ou reduzidas às necessidades estritamente advindas do modelo padrão de cárcere, pensada por homens e para homens (LANFREDI, 2014).

O presente recorte realizado não possui o objetivo de esgotar todas as recomendações advindas das Regras de Bangkok, dada sua extensão e complexidade temática. No entanto, é verossímil destacar que sua redação é assertiva e concebe ponderações práticas para tornar o ambiente carcerário mais digno para mulheres internas.

Para tanto, podemos destacar a preocupação do documento em evidenciar a necessidade de tratamento diferenciado para mulheres em diversos aspectos, tais como: a) peculiaridades em higiene pessoal (Regra nº 5); b) cuidados com a saúde (Regras nº 6 – nº 18); c) segurança e vigilância (Regras nº 19 – nº 25); d) contato diferenciado com o mundo exterior (Regras nº 26 – nº 28); e) situação de mulheres gestantes, lactantes e com filhos (Regras nº 48 – nº 52), sem exclusão das demais regras pertinentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Por todo o exposto, percebemos que existe uma preocupação internacional consubstanciada em documentos que tratam especificamente sobre o encarceramento e a necessidade de tratamento digno aos presos, com vistas em garantir também o tratamento diferenciado para mulheres internas. Através deste recorte, no capítulo a seguir iremos verificar a perspectiva de direitos e garantias fundamentais para as mulheres em situação de cárcere com base no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Direitos e garantias fundamentais das mulheres encarceradas

Conforme tratado no capítulo anterior, o bloco de regras internacionais que versam sobre condições essenciais do encarceramento, possui como pressuposto básico a efetivação a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 eleva tal princípio fundamental norteador de todo o sistema de leis e normas.

Nas palavras de Jussara Jacintho (2006, p. 175) “a dignidade como valor supremo a orientar a interpretação constitucional é imponderável, insuscetível de ceder diante do caso concreto, a outro direito qualquer que lhe seja. A dignidade não pode ser relativizada diante de outro direito”. Tal assertiva pode ser observada no artigo 5, inciso III da Constituição Federal de 1988, a qual veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante.

Pela inteligência do artigo 5º, inciso III, observamos a necessidade de respeito e tratamento digno sem distinções, independentemente da situação em que se encontre a pessoa, indo além, reconhecendo a necessidade de tratamento digno inclusive dentro dos estabelecimentos prisionais femininos.

Na exposição dos motivos da Lei de Execução Penal, tem-se que “torna obrigatória a extensão, a toda comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma restrita porcentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos.” (BRASIL, 1984, p. [?]).

A Constituição Federal de 1988, entre seus direitos e garantias fundamentais, indicam a vedação de penas cruéis, garantia ao preso de respeito à integridade física e moral, separação dos encarcerados por gênero, direito das mães encarceradas permanecerem com seus filhos durante o período de lactação (BRASIL, 1988).

De igual modo, o artigo 5º, inciso XLIX e o artigo 1º, inciso III vinculam o Estado ao dever de realizar a manutenção dos presídios, de maneira que estes estabelecimentos não podem atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

A gravidez no cárcere não é algo incomum, algumas internas são encarceradas grávidas, enquanto outras engravidam na prisão. O artigo 5º, inciso L, assegura para mulheres gestantes e parturientes que o estabelecimento prisional deve possuir condições para que os filhos permaneçam com suas mães durante o período de amamentação, elevando o direito à saúde, proteção do exercício da maternidade e ao direito à infância (BRASIL, 1988).

Partindo para o plano infraconstitucional, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984), em observância aos normativos internacionais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizam que o tempo de amamentação é de no mínimo 06 (seis) meses, devendo serem fornecidas creches para crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos quando não existir nenhuma outra pessoa capaz de assistir o menor e a responsável estiver interna (BRASIL, 1984).

Indo além, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) assegura também para a mulher que esteja recolhida ao cárcere o acompanhamento médico de pré-natal e durante o pós-parto, tanto para mãe, quanto para o recém-nascido, em atendimento às determinações advindas do artigo 8º, §3º e 10º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990). Vejamos:

Artigo 8 - É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016);

[..]

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016);

[...]

§ 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando

ao desenvolvimento integral da criança. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 1990, p. [?]).

Consoante ao período de aleitamento materno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990) também infere em seu artigo 9º indica que “o Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições ao aleitamento materno inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade” (BRASIL, 1990, p. [?]).

Não obstante, a Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018 alterou o Código de Processo Penal em seu artigo 318-A, substituindo a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando a mulher estiver “ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação” (PROMOTORIAS, 2019, p. 10).

De igual modo, o direito à saúde, disposto nos artigos 6º e 196º da Constituição Federal de 1988, é um direito universal, sendo devido para todos, inclusas, portanto, mulheres que esteja, privadas da sua liberdade, nos termos do artigo. 41, inciso VII da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984).

Ainda na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) o artigo 14 indica que “a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984, p. [?]).

No ano de 2003, o Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde criaram o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), tendo como base os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS). No tocante à saúde da mulher, o PNSSP visou como resultado a implementação:

Em todas as unidades penitenciárias ações para a detecção precoce do câncer cérvico-uterino de mama, assistência ao pré-natal de baixo e alto risco, imunizar as gestantes, assistência no pós parto, ações educativas sobre o pré-natal; parto, pós-parto, anticoncepcional, controle de câncer cérvico-uterino e de mama e DSTs, garantia ao encaminhamento para tratamento das mulheres atendidas com câncer cérvico-uterino e de mama e garantia do acesso das gestantes para atendimento de intercorrência e parto (LAGE, 2020, p. 11).

Em 2004, especificamente para mulheres, foi lançada a Política Nacional em Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM). Em seus objetivos específicos, o 13º tratou

sobre a atenção na saúde das mulheres presas para “promover a atenção à saúde das mulheres em situação de prisão, incluindo a promoção das ações de prevenção e controle de doenças sexualmente transmissíveis e da infecção pelo HIV/AIDS nessa população: - ampliar o acesso e qualificar a atenção à saúde das presidiárias” (BRASIL, 2004, p.72).

Em 2014, a Portaria nº 482 criou o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNAISP), o qual visou que o Sistema Único de Saúde (SUS) fosse garantido para “população privada de liberdade por meio de qualificação e humanização da atenção à saúde do sistema prisional nas esferas federais, estaduais, distritais e municipais” (LAGE, 2020, p. 12). A partir deste documento, a saúde passou a ser um direito garantido para todos os que estejam transitando pelo sistema penitenciário, não somente para os que possuam penas privativas de liberdade.

De igual modo, a assistência educacional é outro direito garantido para mulheres que estejam recolhidas em estabelecimentos prisionais, estando prevista na Constituição como um direito social (artigo 6º) e na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) na Seção V, sendo de suma importância, pois, conforme destacado abaixo:

É uma condição inalienável e uma real liberdade de formação (desenvolvimento da personalidade) e instrumento indispensável da própria emancipação (progresso social e participação democrática) é um direito humano essencial para a realização da liberdade e para que esta seja utilizada em prol do bem comum. Dessa forma, ao se abordar a educação para os jovens e adultos (EJA) em situação de privação de liberdade, é importante ter claro que os reclusos, embora privados de liberdade, mantêm a titularidade dos demais direitos fundamentais (integridade física, psicológica e moral). O acesso ao direito à educação lhe deve ser assegurado universalmente na perspectiva acima delineada e em respeito às normas que o asseguram (JULIÃO, 2009, p.148).

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) prevê em seu artigo 17 que a assistência educacional fornecida pelo estabelecimento prisional comporta a “instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado” (BRASIL, 1984, p. [?]). De igual modo, existe a previsão da remição da pena pelo estudo, nos termos da Lei nº 12.433 de 2011, “a cada 12 (doze) horas de frequência escolar (esta entendida por atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional) deve ser descontado 1 (um) dia de pena” (ZANINELLI, 2015, p. 91).

Referendando tal disposição acima, a Súmula nº 341 do Superior Tribunal de Justiça indica que “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto”. (BRASIL, 2007, p. [?])

Outro importante direito da mulher privada da liberdade consiste no direito ao trabalho, estando regulado tanto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, como na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) a partir do seu artigo 28. Deste modo, é garantido à mulher presa, o trabalho interno e externo, desde que obedecidas disposições constantes na lei.

O artigo 126,§1º, inciso II da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) prevê expressamente que a cada três dias de trabalho, é descontado um dia na execução da pena.

Por todo o exposto, percebemos que existem direitos e garantias fundamentais que deveriam, em tese, serem de observância obrigatória pelo Estado para garantir a dignidade das mulheres que estão recolhidas em estabelecimento prisional. No entanto, conforme evidenciaremos no capítulo a seguir, existem graves máculas destes direitos e garantias.

4.Desafios do sistema penitenciário feminino no ordenamento jurídico interno

Partindo do pressuposto que os direitos fundamentais são universais, indivisíveis e interdependentes, por que são eles usufruídos mais pelas pessoas livres do que pelas privadas de liberdade? Enquanto que estes deveriam ser protegidos, respeitados e garantidos tais quais, sem discriminação.

O maior motivo do encarceramento feminino está ligado aos delitos relacionados às drogas. Enquanto que o número de homens privados de liberdade é maior, os níveis de reclusão de mulheres estão crescendo a uma taxa mais rápida. Segundo o *Institute for Criminal Policy Research*, a população carcerária feminina total na América Latina aumentou em 51,6% entre 2000 e 2015, comparativamente com 20% para o caso dos homens. Na Argentina, no Brasil, Costa Rica e Peru, mais de 60% da população carcerária feminina está privada de liberdade por delitos relacionadas com drogas (LEAL, 2020).

As condições do sistema penitenciário feminino brasileiro, em sentido amplo, constituem graves violações de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à vida, integridade física, psíquica e moral (ALMEIDA; BARCINSKI, 2016).

O INFOPEN Mulheres foi lançado em 2015, com referência aos dados de junho de 2014. Neste levantamento feito, foi divulgado que a população carcerária feminina era de 37.380 mulheres (INFOPEN MULHERES, 2015). O referido documento indica ainda que entre os anos de 2000 e 2014, o índice de mulheres encarceradas aumentou cerca de 567,4%.

A partir deste recorte, cumpre destacar que os estabelecimentos prisionais não são condizentes com as necessidades dos presos, tampouco das internas mulheres. Na verdade, existe uma alarmante discrepância entre a lei e a realidade fática.

Pelo panorama de violações massivas de direitos fundamentais nos estabelecimentos prisionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou medidas provisórias contra o Brasil para buscar efetivar direitos e garantias fundamentais aos presos em sentido amplo (homens e mulheres).

Já foram sete medidas para presídios brasileiros, as quais obrigam o Estado brasileiro a cumprir as normativas internacionais relacionadas aos direitos e garantias da população carcerária, muitas em virtude da superlotação, em diversas regiões, quais sejam: Urso Branco (Porto Velho, Rondônia); Complexo do Tautapé da FEBEM (São Paulo, São Paulo); Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (Araraquara, São Paulo); Unidade de Internação Socioeducativa (Cariacica, Espírito Santo); Complexo Penitenciário de Curado (Recife, Pernambuco); Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís, Maranhão); Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro) (PAIVA; HEEMANN, 2020).

Acerca do tema, vejamos a síntese dos ilustres Professores Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann:

(...) Todas estas medidas “referem-se a providências que os Estados devem adotar para fazer cessar as violações de direitos humanos no interior dos estabelecimentos prisionais, tais como proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas presas e de todas as pessoas que ingressem no estabelecimento prisional (visitantes, funcionários, etc...), manter uma lista atualizada de todas as pessoas presas, assegurar o contato entre as pessoas presas e as autoridades e organizações de defesa dos direitos humanos, investigar e punir as violações de direitos humanos no interior dos estabelecimentos prisionais, possibilitar a visita dos familiares dos reclusos, assegurar as condições adequadas de aprisionamento, ajustar a ocupação prisional à capacidade do estabelecimento, abster de praticar revistas íntimas ou vexatórias em visitantes etc.(...) (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 426).

Dentre diversos assuntos em específico tratados no teor destas medidas, vale a pena ressaltar a questão das revistas íntimas, por ter relação direta com as mulheres na prisão.

Nos termos da Regra 51 das Regras de Mandela, as revistas íntimas invasivas não são totalmente proibidas, no entanto, devem ser utilizadas apenas em caráter de exceção, vejamos:

As revistas aos reclusos e as inspeções não serão utilizadas para assediar, intimidar ou invadir desnecessariamente a privacidade do recluso. Para fins de responsabilização, a administração prisional deve manter registros apropriados das revistas feitas aos reclusos e inspeções, em particular as que envolvem o ato de despir e de inspecionar partes íntimas do corpo e inspeções nas celas, bem como as razões das inspeções, a identidade daqueles que as conduziram e quaisquer outros resultados decorrentes dessas inspeções (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 31).

Não obstante, essa não é a realidade brasileira. Tanto o é, que, em visita ao Brasil, em 2002, o Subcomitê da ONU para Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, recomendou em seu relatório (ponto 119) a proibição dos registros vaginais ou anais invasivos, devendo haver ajustes de acordo com a necessidade e proporcionalidade e, se praticados, que sejam em condições higiênicas, por pessoal qualificado e do mesmo sexo, condizente com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais (NAÇÕES UNIDAS, 2012).

Do mesmo modo fora o teor da Resolução de 22.05.2014, na concessão de medidas provisórias a serem cumpridas pelo Brasil no Complexo Penitenciário de Curado, em que a Corte Internacional de Direitos Humanos obrigou o estado Brasileiro a abolir as revistas íntimas vexatórias que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes.

Em 2015, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a situação prisional do país como "estado de coisas inconstitucional", tendo em vista a patente violação de direitos fundamentais dos presos pela omissão do poder público para com estes. Sobre o tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos relata que:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia

continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades (CAMPOS, 2017, p. [?]).

Como forma de enfrentamento ao cenário de crise do sistema penitenciário, a decisão no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 consignou que:

[...] por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão [...] [...] em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado (BRASIL, 2015, p. 4).

Na perspectiva elucidada acima, a situação emergencial do sistema carcerário brasileiro é irradiada tanto para homens, como para mulheres. No entanto, conforme já destacamos durante todo o correr deste trabalho, o cenário de encarceramento feminino no Brasil, considerando suas peculiaridades, alcança níveis ainda mais alarmantes.

Quando aos dados da INFOPEN Mulheres, estes ainda indicam que o quantitativo de estabelecimentos prisionais masculinos em 2014 era de 1.070, representando 75% dos presídios do Brasil. Seguido de 238 presídios mistos (17%) e 103 (7%) presídios destinados ao atendimento de mulheres reclusas (INFOPEN MULHERES, 2015).

Cumprir destacar que essas mulheres estão reclusas em cadeias públicas, gerando risco de sofrerem agressões em diversas vertentes, como tortura, violência psicológica, violência física, não possuindo acesso à saúde, higiene pessoal, alimentação adequada, espaços salubres, dentre outros (GUEDES, 2006).

Quanto aos estabelecimentos penais mistos, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) prevê que devem ser construídos em uma estrutura diferenciada, nos termos do artigo 89. No entanto, segundo relatos da Pastoral Carcerária de Ilhéus na Bahia “tem uma cela feminina que dá acesso para o mesmo pátio das três celas masculinas; a cadeia não tem luz – as celas são iluminadas somente por luz de velas” (PASTORAL CARCERÁRIA; CONECTAS DIREITOS HUMANOS & INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014, p. 8).

No tocante à saúde das mulheres que estão privadas da liberdade, a situação é precária e constrangedora. De acordo com os dados do INFOPEN Mulheres (2015) o número de mulheres presas que possuem HIV e sífilis “1.204 mulheres com agravos transmissíveis dentro do sistema prisional, o que equivale a 5,3% da população prisional feminina” (INFOPEN MULHERES, 2015, p. 40).

Dentro da reclusão são habituais os casos de doenças se agravarem e levarem ao óbito da interna. De igual modo, por estarem reclusas em um espaço fechado muito limitado, algumas doenças são facilmente transmitidas para outras mulheres dentro do estabelecimento prisional. O médico Drauzio Varella, ao escrever seu livro tratando de relatos sobre o período em que foi médico voluntário em uma casa de detenção de São Paulo afirma que:

Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez das feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez (VARELLA, 2017, p. 9).

Não obstante, conforme destacado acima, os problemas de saúde não decorrem apenas do aspecto físico. Nana Queiroz (2015) relata em seus estudos que o uso de remédios para controlar o lado emocional, com utilização de calmantes, antidepressivos, ansiolíticos, dentre outros, causa a dependência das reclusas, interferindo na sua saúde e na personalidade (QUEIROZ, 2015).

De igual modo, a maternidade, conforme já demonstrado, é um direito garantido para mulheres presas. No entanto, persiste sendo alvo de severas omissões pelo poder público. Os dados do INFOPEN Mulheres (2015) indicam que apenas 34% dos estabelecimentos prisionais femininos possuem dormitórios adequados para o atendimento de mulheres gestantes e lactantes. Enquanto apenas 6% das unidades que

atendem homens e mulheres possuem o referido espaço (INFOPEN MULHERES, 2015). Sobre o tema, Rogério Greco destaca que:

A gravidez no cárcere é um problema que deve ser enfrentado pelo Estado. Primeiramente, o acompanhamento pré-natal é feito de forma precária. Quando a gestante dá à luz a seu filho, embora permaneça, momentaneamente, afastada das demais companheiras de prisão, os berçários existentes são como pequenas jaulas, que não se diferenciam muito do ambiente prisional anterior (GRECO, 2015, p. 201).

Como tentativa de remediar a situação, o Conselho Nacional de Justiça passou a realizar acompanhamento mensal de mulheres gestantes e lactantes que estejam em estabelecimento prisional, sendo denominado de Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, com vistas haver maior controle sobre a referida situação.

Em abril de 2017, através da Lei nº 13.434, houve a alteração do artigo 292 do Código de Processo Penal, havendo proibição de que mulheres façam a utilização de algemas durante o parto e o período de puerpério imediato (BRASIL, 2017).

Por derradeiro, vale destacar a situação de vulnerabilidade econômica que as mulheres reclusas estão sujeitas. Em sua grande maioria possuem baixa escolaridade, não possuindo curso superior ou instrução adequada. De acordo com o INFOPEN Mulheres (2015, p. 34-35) “é possível afirmar que 44,42% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 15,27% com Ensino Médio Incompleto e 14,48% com Ensino Médio Completo. O percentual de custodiadas que possuem Ensino Superior Completo é de 1,46% das presas (INFOPEN MULHERES, 2015, p. 34-35).

Uma das garantias dadas aos presos é o direito ao trabalho e formação profissional, com vistas em colaborar com a ressocialização deste indivíduo ao reingressar na sociedade ao final do cumprimento da pena. No entanto, ao que toca o sistema prisional feminino, conforme indica Rogério Greco “o trabalho da mulher é relegado, ou seja, dificilmente poderão elas exercer alguma atividade que, de alguma forma, as ressocialize, bem como as possibilite angariar recursos para que possam ajudar na manutenção de seus filhos que se encontram extra muros” (GRECO, 2015, p. 203).

Importante frisar que o trabalho possui amplos aspectos positivos para mulheres encarceradas, visto que minimiza a vida precária dentro dos estabelecimentos prisionais, a possibilidade de remição da pena, conforme destacado em momento oportuno e a ajuda com recursos financeiros (ITTC, 2017).

Através de todo o recorte realizado, observamos que, apesar de normas no ordenamento jurídico brasileiro e no plano internacional que toquem aos direitos e garantias das presas ainda existem massivas violações cotidianas à dignidade das internas, gerando ainda mais violência dentro dos estabelecimentos que, em tese, deveriam ser locais de ressocialização.

5. Conclusão

Este artigo científico analisou o sistema prisional feminino através da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Constatamos que em resposta ao problema enfrentado nesta pesquisa, existem normas internacionais e dentro do ordenamento jurídico brasileiro que deveriam resguardar os direitos e garantias fundamentais das mulheres recolhidas ao cárcere. No entanto, o cenário enfrentado pelo sistema penitenciário brasileiro representa massiva omissão pública e graves máculas à dignidade da pessoa humana, havendo inobservância aos direitos de maternidade, aleitamento, higiene pessoal, saúde, trabalho, educação, visita íntima, dentre outros.

Neste interim, foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF nº 347, dada omissão do poder público, alcançando o ambiente das penitenciárias femininas no Brasil. Notamos que a situação das mulheres internas não condiz com nenhum parâmetro normativo, tanto na esfera internacional como nacional. Para tanto, perante tantas massivas violações, é extremamente necessário que o sistema de execução das penas adote o uso de penas alternativas para combater o superlotamento dos estabelecimentos prisionais, oportunizando a oxigenação do sistema.

De todo o modo, independentemente da adoção de penas alternativas, o sistema penitenciário feminino precisa ser repensado para garantir tratamento digno para mulheres encarceradas. Existe patente discrepância entre os diplomas legais e aplicação prática, enquanto a população carcerária feminina cresce e se torna marginalizada e cada vez mais violentada dentro do estabelecimento prisional ao invés de cumprir seu papel ressocializador.

Ademais, é necessária a criação e remodelação de programas para o atendimento das necessidades das internas. Não pode o Estado normalizar a falta de itens de higiene pessoal dentro de estabelecimentos prisionais, ao passo também da ausência de atendimento especializado para áreas da saúde, dentre outros aspectos.

Todos os apontamentos realizados neste trabalho não são de difícil alcance. A bem da verdade, havendo a aplicação correta das previsões dadas pelos tratados internacionais (Regras de Mandela e Regras de Bangkok), pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Processo Penal, Código Penal e pela Lei de Execução Penal, os

ambientes prisionais se tendem a se tornarem aquilo que devem ser, ou seja, ambientes capazes de ressocializar estas mulheres para o retorno da vida em sociedade.

Referências

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. **Mulheres no tráfico de drogas**: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 16, n. 1, p. 59-70, 2016. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/pdf/742/74245835005.pdf>>. Acesso em 22 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984** (Lei de Execução Penal). Brasília, DF. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em 20 de nov. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF:

Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, Distrito Federal, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

BRASIL. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher** (Convenção de Belém do Pará). Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral). Disponível em: < <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>> Acesso em 18 de nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher**: princípios e diretrizes / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004. 82 p.: il. – (C. Projetos, Programas e Relatórios).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula ° 341**. Disponível em:< https://www.stj.ju s.br /docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf>. Acesso em 19 de nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Inf. 798).

Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 19 de nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e**

Lactantes. 2018. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 19 de nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça Governo Federal, **Algemas no parto**. 2017. Disponível em: <<http://justica.gov.br/news/lei-proibe-que-mulheres-presas-sejam-almegadasdurante-o-parto>>. Acesso em: 19 de nov. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisasinconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em: 21 de nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/regrasdemandela>>. Acesso em 18 de nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília, 2016a. Disponível em: <<http://bit.ly/regrasdebangkok>>. Acesso em: 18 de nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programa de Ações Intersectoriais de Assistência à Saúde e de Assistência Social para o Sistema Prisional (PAISA)**. 2016. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/saude-prisional/>>. Acesso em 18 de nov. 2021.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUEDES, Marcela Ataíde. **Intervenções psicossociais no sistema carcerário feminino**. Revista Psicologia: ciência e profissão. Brasília, v. 26, n. 4, p. 558-569, dez. 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-9893200600040004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 de nov. de 2021.

GREGO, Rogério. **Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções Alternativa** – ed. 2º – Niterói: Impetus, 2015.

ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. **Relatório Mulheres em Prisão**. 2017
Disponível em: <
http://ittc.org.br/wpcontent/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf>. Acesso em: 18 de nov. 2021.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **A Ressocialização Através do Estudo e do Trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

LAGE, Victória Christina Campos. **O direito fundamental à saúde da mulher privativa de liberdade em tempos de COVID-19**. Revista Acadêmica de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-NIGRANRIO_v.10_n.1.08.pdf> Acesso em 20 de nov. de 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LANFREDI, Luís Geraldo Santana. **Brasil ainda tem déficit na garantia de direitos de mulheres presas**. Brasil, jan. 2016. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/brasil-ainda-tem-deficit-na-garantia-de-direitos-de-mulheres-presas/#:~:text=Brasil%20ainda%20tem%20d%C3%A9ficit%20na,de%20mulheres%20presas%20%2D%20Portal%20CNJ&text=Somente%2048%20das%201.420%20unidades,e%2013%20em%20unidades%20mistas>>. Acesso em 19 de nov. 2021.

LEAL, Cesar Barros. **Prisões: o rosto mais sombrio da justiça criminal**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2020.

LIMA, Marcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. 2006. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres Junho de 2014**. 1ª edição: Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014, p. 11. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-nobrasil/relatorioinfopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 19 de nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 2015

Disponível em: < http://www.defensoria.es.def.br/site/wp-content/uploads/2020/01/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012.pdf>. Acesso em 25 de nov. 2021.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3º ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PASTORAL CARCERÁRIA; CONECTAS DIREITOS HUMANOS & INSTITUTO SOU DA PAZ. **Relatório Mulheres Presas com proposta de PLS**. 2014. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2014/03/relatorio-mulherese-presas_com-propostas-de-PLs.pdf>. Acesso em: 25 de nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PROMOTORIAS, Centro de Apoio Operacional das; ESTEVES, Cláudio Rubino Zuan. **Maternidade no cárcere e Lei 13.769/2018**. Curitiba: Ministério Público do Paraná, 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro. Ed. Record. 2015.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo. Ed. Schwarcz S.A. 2017.

ZANINELLI, Giovana. **Mulheres encarceradas: dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas**. 2015. 153f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015.

SUSTENTABILIDADE NAS ORGANIZAÇÕES

PRISCILLA PEREIRA OLIVEIRA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Única e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

RESUMO: Os diversos estudos sobre o tema sustentabilidade organizacional, inseridos nos novos cenários empresariais, geram inúmeros mecanismos que efetivamente ponham em prática o ambiente ecologicamente sustentável em todas as áreas da sociedade moderna. Entre estes novos meios, de se garantir praticidade à sustentabilidade, é possível destacar as ações relacionadas com a ecoeficiência, visto que tais ações são indispensáveis às organizações que pretendem alcançar um cenário inovador e aceitável para o mundo em desenvolvimento, sem que para se chegar a esse desenvolvimento seja preciso degradar o meio ambiente. A presente investigação tem como um de seus objetos apresentar o cenário atual das organizações com relação à sustentabilidade e também apresentar processos necessários para o implemento efetivo da sustentabilidade empresarial. A pesquisa está ligada com a teoria do agir organizacional, que revela a organização como um processo de atitudes e tomada de decisões que se desenvolvem em todos os níveis.

Palavras-chave: Sustentabilidade Organizacional; Desenvolvimento Sustentável; Ecoeficiência.

ABSTRACT: The various studies on the topic of organizational sustainability, inserted in the new business scenarios, generate numerous mechanisms that effectively put into practice the ecologically sustainable environment in all areas of modern society. Among these new ways of ensuring practicality to sustainability, it is possible to highlight actions related to eco-efficiency, since such actions are indispensable for organizations that intend to achieve an innovative and acceptable scenario for the developing world, without reaching this development is necessary to degrade the environment. The present investigation has as one of its objects to present the current scenario of organizations in relation to sustainability and also to present processes necessary for the effective implementation of corporate sustainability. The research is linked with the theory of organizational action, which reveals the organization as a process of attitudes and decision-making that develops at all levels.

Keywords: Organizational Sustainability; Sustainable development;

1. INTRODUÇÃO

O tema Sustentabilidade nas Organizações tem se propagado nos mais diversos meios de informações, tornando-se foco de investigação em diversas áreas do conhecimento, principalmente nas ciências sociais e humanas.

Assim como a receita, despesa, patrimônio e obrigações, a sustentabilidade deve ser vista como um objetivo para as empresas, de modo geral, pois se trata de tema relevante no cenário atual, já que os avanços tecnológico e industrial estão ligados diretamente com o meio ambiente sustentável.

A partir do momento que se nutre uma nova visão de desenvolvimento ecologicamente correto, é preciso pensar como tal desenvolvimento deve ocorrer, a fim de que seja possível estabelecer novos valores para as organizações, além do objetivo daqueles valores já estabelecidos institucionalmente.

É nesse sentido que o presente artigo trabalhou, abordando fatos importantes para o desenvolvimento sustentável no âmbito das organizações. É preciso fazer um paralelo com o século passado e com isso, ver os principais erros que degradaram o meio ambiente, para poder-se evitar que tais acontecimentos voltem a acontecer.

Em relação à presente investigação, esta utilizou o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de referenciais teóricos, tomando por base as posições doutrinárias mais atuais.

2. AVANÇO INDUSTRIAL E SEUS IMPACTOS NO MEIO AMBIENTE

Os novos paradigmas da humanidade revelam um, enorme, aumento do número de pessoas na face da terra, paralelo a isso temos o avanço do sistema capitalista, o qual alavanca o desenvolvimento tecnológico e conseqüentemente o industrial, no entanto, tais circunstâncias se mostram avassaladoras para o planeta, visto que o consumo de recursos naturais deste se eleva drasticamente, gerando, por vezes, fatos desastrosos para o meio ambiente. Nesse sentido, surge a preocupação com essa maneira do desenvolvimento humano ser promovido, implicando em novos estudos acerca do tema biodesenvolvimento sustentável.

A presente pesquisa encontra fundamentação na obra de vários pesquisadores da temática em questão como, por exemplo, Savitz e Weber em sua obra “A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental” e Munk e Souza em “Gestão por Competências e Sustentabilidade Empresarial: em busca de um quadro de análise”.

3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE ORGANIZACIONAL

Neste tópico apresentar-se-ão considerações sobre o tema desenvolvimento sustentáveis e também sustentabilidade em nível organizacional, a fim de que posteriormente sejam apresentados resultados sobre gestão-ecoficiente em âmbito institucional.

É nítido que as temáticas relacionadas à sustentabilidade ganharam enorme relevância nas últimas décadas, conforme destacam os organismos internacionais. A população vem crescendo demasiadamente nos últimos anos e isso revela situações críticas para o planeta em si, como por exemplo a escassez de recursos como água potável. Pensando nesse crescimento exponencial do ser humano, pessoas de todo o globo começaram a estudar e analisar os diversos fenômenos físicos, os quais, por vezes, acabam por trazer circunstâncias complexas para o homem. Tais situações põem em riscos as gerações futuras. Com essa linha de pensamento, diversos estudos apontaram para um novo cenário ambiental, que fosse mais saudável, para que pudéssemos garantir o “amanhã” de modo correto.

Atualmente, observa-se que é preciso mudar a direção do desenvolvimento humano, a fim de que a evolução da sociedade esteja direcionada para um mundo mais análogo e repleto de riquezas, em que o meio natural e conquistas culturais possam ser preservadas para as futuras gerações. Conforme Dyllick e Hockerts (2002), crescimento econômico deve está ligado à igualdade social, tema que é discutido ao longo dos anos; ao incluirmos a preocupação com a capacidade global de desenvolvimento sustentável dos sistemas naturais, obtém-se a configuração dos principais desafios enfrentados pela humanidade atualmente.

A ideia de Ambiente Ecologicamente Sustentável foi pregada a partir da Conferência da ONU de 1972, a qual tratava do Homem e o Meio ambiente. A tema ganhou repercussão mundial com a Comissão Mundial Sobre o Meio ambiente, que fora realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Nessa Comissão do Meio Ambiente de 1992 foi elaborado um relatório, chamado de “Agenda 21”, que descrevia de forma detalhada instrumentos para um desenvolvimento ecologicamente sustentável. Também em 1992 um

relatório chamado de “Nosso Futuro Comum” assentou o conceito de desenvolvimento sustentável como a capacidade de gerações presentes garantirem suas subsistências, sem, contudo, prejudicar as subsistências das gerações futuras. Logo, o termo “Sustentabilidade” propõe a ideia de que todos, onde quer que estejam no planeta, seja qual for sua posição social, ideológica, filosófica, gerem uma sociedade igualitária tanto no desenvolvimento tecnológico quanto ao uso dos recursos ambientais. Para Munk e Souza (2009), não basta apenas haver crescimento econômico, avanços tecnológicos e as instituições, e sim, pensar na revolução tecnológica no arcabouço institucional com vistas ao bem estar social com a amplitude a este inerente.

Assim, é possível evidenciar que os lucros empresariais passam também uma ideia de social e comunitário. Por este motivo, os administradores devem se preocupar constantemente com a reavaliação de suas práticas administrativas, a fim de garantir sustentabilidade organizacional. Desenvolvimento organizacional sob o ângulo da sustentabilidade tem relação imprescindível com o que é socialmente desejável, economicamente viável e ecologicamente sustentável, segundo Silva e Quelhas (2006).

Para Savitz e Weber (2007), organização sustentável se define quando “gera lucro para os acionistas, ao mesmo tempo em que protege o meio ambiente e melhora a vida das pessoas com que mantém interações”. Pensamento Análogo têm Munck e Souza (2009), que assumem que atitudes organizacionais sustentáveis são aquelas que causam o menor impacto no ambiente através de suas atividades operacionais, paralelamente estão também preocupadas em garantir um desenvolvimento socioeconômico que dê a sobrevivência de gerações presentes e futuras.

Ao refletirem sobre seus processos de atividades, as organizações percebem que utilizam tanto recursos financeiros como ecológicos e sociais, essa é uma visão tripartida das organizações chamada de “os três pilares”. Tal ideia visionária prepondera que tanto o avanço econômico quanto a qualidade do ambiente assim como a ideia de justiça social são de suma importância para o entendimento da temática a cerca da sustentabilidade empresarial. Seguindo a doutrina moderna, a “coluna” econômica é a geração de riquezas para a entidade e o meio em que ela está inserida. A “coluna” ambiental está ligada à conservação e boa ordem dos recursos naturais. Já a “coluna” social está associada à ideia de igualdade social, dando direitos e responsabilidades no que tange à preservação ambiental em equilíbrio com o desenvolvimento econômico.

Dessa forma, pode-se concluir que a ideia de usar de forma equilibrada os recursos

ambientais disponíveis é essencial para garantir a sobrevivência de forma digna das gerações futuras.

Deve-se destacar que sustentabilidade em nível organizacional vai muito além de meras práticas de redução de produção de lixos tóxicos ou redução de emissões de gases prejudiciais à saúde dos seres em geral. Vai além de concessão de benefícios assistenciais aos empregados. Sustentabilidade em nível organizacional está ligada à gestão inteligente, gestão atrelada aos anseios de um ambiente saudável concretamente e abstratamente. Não basta apenas práticas louváveis de diminuição de CO², por exemplo, é preciso que a entidade esteja alinhada com um desenvolvimento em nível global de forma a garantir ao máximo possível de pessoas condições dignas de sobrevivência sem afetar ao cenário ambiental.

Portanto, instituições políticas e sociais que estudam e apontam os impasses relacionados ao meio ambiente sustentável, precisam superar obstáculos tangíveis e intangíveis, a fim de garantir efetividade no combate às inúmeras catástrofes públicas. Assim, é necessário agir de forma racional na junção de desenvolvimento econômico, ambiental e social, já que são cenários que comprometem toda a existência humana.

4. ECOEFICIÊNCIA

Os anos 80 foram marcados pelo desenvolvimento industrial tecnológico, surgimento do computador, início de sistemas eletrônicos, internet, entre outros. Porém, houve diversos acidentes industriais naqueles anos, o que gerou preocupações nas empresas. Foi no final daqueles anos que surgiu um conceito fundamental que andaria lado a lado com o desenvolvimento industrial, estamos falando do termo Ecoeficiência, cuja ideia consiste em diminuir os impactos no ambiente, em relação ao desenvolvimento das entidades, sem diminuir receitas para aquelas. A origem, para ser mais preciso, da ideia ecoeficiência foi proposta em 1992 pelo World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) – Conselho Mundial de Negócios para o Desenvolvimento Sustentável, por meio da publicação do livro *Changing Course*, sendo ratificado pela Conferência do Rio de Janeiro, também em 1992, sendo uma maneira de as organizações colocarem em prática a Agenda 21. Passando a ser uma espécie de ciência que proporciona a chegada à sustentabilidade.

A ecoeficiência é gerada através da: “entrega de bens e serviços com preços competitivos que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida, reduzindo progressivamente impactos ambientais dos bens e serviços, através de todo o ciclo de vida, em linha com a capacidade estimada da Terra em suportar”, segundo o

WBCSD. Tal definição detalha a ideia de produção de bens e prestação de serviços, que possuem valor financeiro, em que aqueles sejam produzidos sem degradar o sistema ecológico. Tal ideia liga eficiência na utilização de insumos, os quais geram produtividade e conseqüentemente acarretam lucro, a responsabilidade na atuação com o meio ambiente. Assim, falar em “Ecoeficiência” é falar em uso com eficiência dos recursos disponíveis sem prejudicar o meio ambiente, porém, tal “uso com eficiência” não significar deixar de lograr lucro com as atividades da organização, pelo contrário, saber usar de forma correta os recursos disponíveis é a certeza de maior rentabilidade nos processos, pois, não haverá um uso irracional dos recursos, o que levaria a organização a perder ativos e com isso ela teria uma menor lucratividade. A grande chave da ecoeficiência é saber usar insumos sem gerar ônus para a organização e conseqüentemente, os impactos no meio ambiente serão menores e acontecerão de forma controlada, sem prejudicar os seres vivos que o utilizam.

Hoje é evidente que as entidades empresariais estão passando por transformações significativas na área de gestão ambiental, uma vez que é latente que áreas administrativas estão se agregando às abordagens ecologicamente aceitáveis para um ambiente corporativo integrado. Segundo Jabbour e Santos (2008) organizações que inserem procedimentos ambientais ecologicamente corretos em seus processos de desenvolvimento de produtos conseguem uma ferramenta gerencial a mais, que é fundamental para evitar os modismos nos recursos ligados à organização.

Seja qual for o objetivo que leva à gestão do ambiente ecologicamente sustentável nas organizações, tal linha está cada vez mais latente em todas as organizações. Também é preciso levar em consideração outros fatores na gestão da sustentabilidade, chamados pela doutrina moderna de externalidades positivas e negativas, que diante das ações convencionais, se tornam quase impossíveis de serem colocadas em prática.

Logo, para se atingir a ideia de ecoeficiência é preciso fornecer bens e prestação de serviços a preços acessíveis aos clientes e, de forma simultânea, proporcionar mecanismos que diminuam os impactos ambientais. É preciso fundir ecoeficiência com desempenho econômico e ambientalmente correto, Piotto (2003), e reduzir implicações no meio ambiente em decorrência dos processos operacionais que visam os objetivos institucionais da organização. Tendo em mente a utilização racional de matérias-primas, priorizando também a redução dos riscos de acidentes nos locais de trabalho e melhora da relação da organização com as partes interessadas.

Ao se estabelecer um processo de ecoeficiência é preciso monitorar sempre as cadeias de processo produtivo, já que tais ações terão impactos tanto na rentabilidade da empresa, quanto no cenário ambiental onde ela está intimamente ligada, a fim de evitar qualquer desperdício de insumos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário instável causado pelo desenvolvimento industrial, o qual por muito tempo era dissociado de um ambiente ecologicamente saudável, diversos estudos apontam para novas situações no que diz respeito à relação lucratividade e sustentabilidade.

Com o avanço da economia e globalização, evidenciou-se um novo cenário, o qual exige a agregação de ações direcionadas para as relações ambientais no seio das organizações, a fim de evitar que futuras gerações sejam massacradas pelas atitudes atuais.

No ambiente empresarial, a ideia de sustentabilidade passou a ser vista como um algo a mais nas organizações, em que este "algo" pode proporcionar vantagem competitiva, alinhando a economia, o social e o ambiente em premissas que farão a diferença no futuro das organizações.

A presente pesquisa apresentou o tema Sustentabilidade em Nível Empresarial, tal investigação analisou o nível de comprometimento das organizações com a Sustentabilidade e o Meio Ambiente, em âmbito de estudo bibliográfico. O foco da pesquisa foi estudar qual o real cenário das organizações hoje em relação ao meio ambiente ecologicamente sustentável e quais estimativas têm-se em relação ao futuro dessa temática no âmbito organizacional. Diante das inúmeras campanhas de conscientização e das alterações climáticas no planeta as organizações estão sendo obrigadas a tomarem novos rumos, a fim de conseguir garantir o seu desenvolvimento econômico-social, sem que, contudo, degradar o meio ambiente. A escolha desse tema se deu devido a sua enorme relevância para a vida no planeta. Os resultados que ora foram apresentados informaram qual a real situação do tema em questão no seio das organizações.

A pesquisa contribuiu para minha formação pessoal e profissional, visto que tal investigação propiciou novas conjecturas na área de sustentabilidade. A apresentação do tema pôde alavancar discussões sobre a ideia em questão nas mais diversas áreas do conhecimento, como filosofia, antropologia, sociologia, entre outras.

Tal pesquisa teve como objetivo também averiguar as práticas de ecoeficiência nas instituições empresariais. É preciso fomentar cada vez mais políticas públicas de incentivo e valorização de organizações que promovem a sustentabilidade em seus processos operacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – CEBDS. **Relatório de Sustentabilidade Empresarial**, 2007. Disponível em: < <http://www.cebds.org.br/cebds/pub-rse.asp> > Acesso em: 19 de setembro de 2022.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade**. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2009

JABBOUR, C.J.C.; SANTOS, F.C.A. Explorando o lado humano do processo de desenvolvimento de produtos com elevado desempenho ambiental: conceitos, relacionamentos e estudo de casos. In: XI Simpósio de Administração de Produção, Logística e Operações Internacionais, 2008, São Paulo. **Anais...** São Paulo: XI SIMPOI, P1-16, 2008.

JARDIM, Jean de Sousa. **Desenvolvimento Sustentável, Desenvolvimento como Liberdade e a Construção da Cidadania na Perspectiva Ambiental**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 1, p. 189-201, jan./jun. 2005.

KRAEMER, M.E.P Gestão Ambiental como Vantagem Competitiva. **Revista Gestão Universitária**. Edição Especial jun. 2005.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. **A Crise Ambiental e suas Implicações na Educação**. In: QUINTAS, J. S. (Org.). Pensando e Praticando Educação Ambiental na Gestão do Meio Ambiente. 2. ed. Brasília: Edições IBAMA, 2002.

LEMOS, Ângela Denise. C. **A Produção Mais Limpa como geradora de inovação e competitividade: o caso da Fazenda Cerro do Tigre**. 1998. Dissertação (Mestrado em Administração), Escola de Administração, Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1998.

LORENZETTI, D. H.; CRUZ, R. M.; RICIOLI, S. Estratégia empresarial e sustentabilidade: um modelo integrador. **Revista da Pós-graduação: Administração**, Osasco, v.2, n.3, p.33-57, 2008.

MARTINS, G.A.; THEÓPHILO, C.R. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Atlas, 2007.

MUNCK, L.; SOUZA, R. B. Gestão por Competências e Sustentabilidade Empresarial: em busca de um quadro de análise. In: Encontro Nacional e Internacional de Gestão Empresarial e Meio Ambiente, 2009, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: XI ENGEMA, 2009.

PIOTTO, Z.C. **Eco-eficiência na Indústria de Celulose e Papel** - Estudo de Caso. Tese (Doutorado em Engenharia) – Escola Politécnica – Engenharia Sanitária e Hidráulica - USP. Universidade de São Paulo, 2003.

SALGADO, V.G. **Proposta de indicadores de ecoeficiência para o transporte de gás natural**. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências do Planejamento Energético) – Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SAVITZ, A. W.; WEBER, K. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEIFFERT, / Mari Elizabete Bernardini. **Gestão Ambiental: instrumentos, esferas de ação e educação ambiental**. 2º. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, L.S.A., QUELHAS, O.L.G., Sustentabilidade empresarial e o impacto no custo de capital próprio das empresas de capital aberto. **Gestão & Produção**, v.13, n.3, p.385-395, 2006

VALLE, C. E. **Qualidade Ambiental: ISO 14.000** – São Paulo: Editora Senac. 2002

APLICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE LICITAR PARA ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR QUE RECEBEM RECURSOS PÚBLICOS

LANNA CARINE DANTAS FERREIRA CORREIA:

Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - PE (FACAPE). Pós Graduação em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá

RESUMO: O presente trabalho tem como proposta de estudo a aplicação da obrigação de licitar para entidades do Terceiro Setor que recebem recursos públicos. A partir doutrinadores elencados como suporte teórico de fundamentação do trabalho, legislação concernente a temática e as decisões dos tribunais superiores, procura-se analisar como a questão referente a licitação no Terceiro Setor tem sido desdobrada no campo jurídico.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Terceiro Setor.

ABSTRACT: The present work has as a study proposal the application of the obligation to bid for Third Sector entities that receive public resources. From scholars listed as theoretical support for the work, legislation concerning the theme and the decisions of the higher courts, it seeks to analyze how the issue regarding the bidding in the Third Sector has been unfolded in the legal field.

Keywords: Public Administration. Bidding. Third sector.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO. 2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. 3. DAS LICITAÇÕES. 3.1 FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. 3.2 NOVA LEI DE LICITAÇÕES. 3.3 ENTES QUE TÊM A OBRIGAÇÃO DE LICITAR. 3.4 MODALIDADES LICITATÓRIAS. 3.5 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. 4. ENTIDADES DE TERCEIRO SETOR. 4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DEFINIÇÃO. 4.2 PERSONALIDADE JURÍDICA, ORGANIZAÇÃO INTERNA E TIPOS DE RECEITA. 4.3 TERCEIRO SETOR COMO GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. 4.4 ESPÉCIES DE ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR. 4.5 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP. 4.5.1 Título de utilidade pública. 4.6 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – OS. 5. O TERCEIRO SETOR EM PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 5.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TERCEIRO SETOR. 5.2 A INEGIXIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA O TERCEIRO SETOR. 6. FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR. 6.1 CONTROLE INTERNO. 6.2 CONTROLE EXTERNO. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS . 8. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é soberano, organizado de forma jurídica, social e política, possui personalidade jurídica própria de Direito Público, podendo também atuar no direito privado. Segue as normas da Constituição Federal de 1988, que tem como base a participação social em todos os seus segmentos. O termo Estado Democrático de Direito nos leva a duas vertentes, uma delas é a Administração Pública que compreende: União, Estados e Municípios e suas autarquias, fundações públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviços públicos e suas subsidiárias.

Matheus Carvalho traz que:

a doutrina moderna costuma apontar quatro tarefas precípuas da Administração Pública, quais sejam o exercício do poder de polícia, a prestação de serviços públicos, a regulação de atividades de interesse público e fomento de atividades privadas e o controle da atuação do Estado (CARVALHO, 2017, p.36).

Em sua função de prestação de serviço público o Estado visa atender as necessidades básicas da coletividade, necessidades estas previstas constitucionalmente executando-as seguindo vários princípios, dentre eles a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A prestação de serviços públicos pode ocorrer sob duas modalidades: de forma direta ou indireta. O objetivo das atividades desenvolvidas seja diretamente ou indiretamente pelo Estado ou através de fomento a parastatais busca proporcionar a coletividade suas solicitações básicas incluindo saúde, educação, saneamento básico, ofertando uma melhor qualidade de vida para as pessoas e consequentemente o meio em que vivem.

Será direta quando o Poder Público realizá-la valendo-se de sua própria estrutura. Será indireta quando transferir a terceiros, sob seu controle, a execução de atividades de sua competência. E para execução de algumas dessas atividades existe o processo licitatório, participando da gestão da máquina pública, seguindo todos os princípios legais que a ela estejam vinculados, sob pena de nulidade desse processo.

Sobre o processo licitatório Justen Filho conceitua:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da Isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (JUSTEN FILHO, 2011, p.546).

Tal procedimento serve para que a isonomia seja alicerce para a escolha do melhor contrato, onde todos os participantes possam concorrer de forma igualitária e a Administração Pública escolher a proposta mais vantajosa visando sempre o bem coletivo e desenvolvimento nacional.

O Terceiro Setor vem ganhando espaço exercendo atividades de caráter coletivo e social sem fins lucrativos, não integrando a estrutura do Estado, apenas desempenhando as atividades que são de sua incumbência, tirando a hegemonia e recebendo fomento para tal atuação. Gustavo Justino de Oliveira diz que:

O Terceiro Setor pode ser entendido como o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados) (OLIVEIRA, 2017).

Para complementar a definição acima, acrescenta-se que:

Denominados genericamente por títulos jurídicos, os certificados, títulos e qualificações outorgados pelo Poder Público representam o reconhecimento ao trabalho social desenvolvido pela entidade, como forma de diferenciá-la na concessão de benefícios. Assim, designações como “Entidade de Utilidade Pública”, “Entidade Beneficente de Assistência Social”, “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” e “Organização Social” consistem apenas em títulos jurídicos e não traduzem uma forma de pessoa jurídica privada (CARVALHO NETO, 2007).

O Terceiro Setor apresenta-se com expressividade pois supre necessidades que são designadas como dever do Estado, sendo ele neste momento histórico incapaz de ofertá-lo em sua complexidade e unanimidade, tendo apoio e participação popular, valorizando princípios, tais como humanização, solidariedade e cidadania. Essas entidades recebem dinheiro público como forma de fomento, firmando parcerias através de contratos, convênios e/ou termos de parceria, tecem seus próprios estatutos que contém dentre outras cláusulas a forma de contratação de pessoal, prestação de serviços e processo de compra dos insumos necessários. Mas não dependem exclusivamente do subsídio do Estado para se manterem, o aporte vem também de doações, taxa de associados e venda de produtos e serviços.

Conforme supracitado, o Estado é obrigado constitucionalmente a realizar atividades de contratações públicas por meio de licitações. Visto que as entidades do Terceiro Setor podem receber recursos da União ou demais entes da Administração Direta, seriam elas obrigadas também a licitar, a ficar submetidas a esse controle da Administração Pública para desenvolver as atividades vinculadas a esse repasse?

Essa é a proposta de estudo desse artigo. A aplicação da obrigação de licitar para entidades do Terceiro Setor que recebem recursos públicos. Muitos doutrinadores

renomados escrevem sobre o tema, e foram utilizados como suporte teórico de fundamentação do trabalho (assim como a legislação concernente a temática e as decisões dos tribunais superiores), sempre visando analisar como a questão referente a licitação no Terceiro Setor tem sido desdobrada no campo jurídico.

A metodologia de desenvolvimento do trabalho consistiu em uma pesquisa de natureza qualitativa, de caráter bibliográfica. O texto se direciona para um estudo investigativo e aprofundado da questão, reunindo referenciais teóricos e conceituais que servirão de base para construção da monografia, tendo em vista a elucidação do propósito da pesquisa, a saber, entender a obrigação dos procedimentos licitatórios para as entidades enquadradas no âmbito do Terceiro Setor que recebem recursos advindos do Poder Público.

A pesquisa bibliográfica implicou o estudo sistemático de livros, artigos, leis, parece-se decisões dos tribunais competentes, conforme verifica-se ao longo do texto da monografia. Vale destacar que elencamos para o diálogo e sustentação teórica do trabalho autores consolidados na área do Direito e trataram nas suas respectivas obras a respeito da Administração Pública, procedimentos licitatórios e entidades do Terceiro Setor, como constata-se nas citações no desenvolvimento do texto.

Deste modo, ressaltamos que o objetivo precípua da pesquisa foi trata-se de identificar há obrigação de licitar para entidades sem fins lucrativos do Terceiro Setor que recebem recursos públicos. Para tal intuito, objetivos específicos foram delineados e discutidos no decorrer dos capítulos da monografia, como demonstrar a importância das licitações para a Administração Pública; identificar a importância do Terceiro setor para o Estado e sociedade; identificar os instrumentos jurídicos de formalização de parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor e evidenciar como acontece a fiscalização dos recursos enviados da União para essas paraestatais.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

O Direito Administrativo impõe regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal, mas também técnicas de administração que indicam tanto os instrumentos, quanto as condutas mais adequadas ao pleno desempenho das atribuições da Administração da Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que as bases ideológicas dessa área do Direito derivam, sobretudo, das ideias de Rousseau e Montesquieu, pensadores do período Iluminista, em especial por que:

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre

o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos - e não cidadãos, vigoravam ideias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todas conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*. "o que agrada ao príncipe tem vigor de lei". Ou, ainda: "o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; ou, mesmo: "o rei não pode errar" (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 47).

Nos dizeres de Di Pietro, "alguns autores dão ao vocábulo administração, no direito público, sentido amplo para abranger a legislação e a execução. Outros, nela incluem a função administrativa propriamente dita e a função de governo" (DI PIETRO, 2018, p. 117). Aduz, ainda, que no direito privado e no público os atos de administração limitam-se, em síntese, à conservação e percepção de frutos oriundos dos bens administrados, sempre havendo uma imposição extrínseca orientando a atuação do administrador.

A Administração Pública, por sua vez, possui dois sentidos que bem lhe caracterizam. O primeiro é o formal e subjetivo, designando os entes que realizam as funções administrativas

– a exemplo dos agentes e órgãos públicos, bem como pessoas jurídicas de direito público. O segundo, por sua vez, é o sentido denominado objetivo, funcional ou formal. Esse diz respeito à função administrativa em si, realizada predominantemente pelo Poder Executivo.

Considerando a dicção Lopes Meirelles, Administração Pública e governo são por vezes confundidos, ou mesmo utilizados como sinônimos. No entanto, aqui, faz-se necessária uma distinção, com suporte nesse autor: governo é a expressão política de comando, enquanto Administração Pública representa o conjunto de funções necessárias ao serviço público em geral, atuando para a consecução dos objetivos do governo (LOPES MEIRELLES, 1993). Diferentemente, Di Pietro entende que:

não se distinguem as funções administrativas e de governo, mas nesta última incluem-se atribuições que decorrem diretamente da Constituição, dizendo respeito mais à polis, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais; a Administração Pública é objeto de estudo mais do direito administrativo, e, por sua vez, o Governo é objeto de estudo mais do direito constitucional (DI PIETRO, 2018, p. 127).

Dessa forma, para a autora, a administração seria uma das funções do Governo, tal como as incumbências legislativa e jurisdicional.

Delineadas as concepções introdutórias acerca da área em que se localiza o objeto de pesquisa, passa-se à elucidação de conceitos salutarés para a compreensão do tema.

2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para tratar acerca dos Princípios da Administração Pública, foram analisadas duas obras de autores consolidados: Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

São usualmente conhecidos como princípios da Administração Pública os cinco elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (1988), que afirma:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

No entanto, alguns pensadores do Direito Administrativo, tais como Di Pietro, Bandeira de Mello e Carvalho Filho, enxergam outros alicerces, com a mesma função principiológica. A primeira autora elenca 15 princípios (DI PIETRO, 2018). O segundo jurista, por sua vez, 14 princípios (BANDEIRA DE MELLO, 2014), e o último considera serem 13 os princípios do Direito Administrativo (CARVALHO FILHO, 2015), entre princípios constitucionalmente expressos e outros implícitos.

Nesta análise, usaremos as acepções de Di Pietro e Bandeira de Mello, trazendo seus conceitos de forma comparativa, ampliando a ideia dos excertos trazidos com base em suas obras.

O primeiro deles é o princípio da Legalidade. Para Di Pietro:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei (DI PIETRO, 2018, p. 132).

Para Bandeira de Mello, por sua vez:

O (princípio) da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 103).

Disso decorrem duas ideias principais. A primeira é que, ao direito administrativo, não se aplica o princípio da autonomia da vontade, insito às relações particulares. Isso porque, no âmbito público, só é possível agir dentro de comandos legais estritamente definidos. Dessa forma, as hipóteses de discricionariedade na atuação dos agentes são limitadas – e também definidas por lei. A segunda, por seu turno, é que o princípio da legalidade se trata de um caráter jurídico de um propósito político: a submissão de pessoas inseridas nos quadros da administração à vontade legal é um antídoto ao autoritarismo. Assim, entende-se que o Poder pertence ao povo, devendo o executivo atuar para a consecução da vontade geral dos cidadãos. Dessa maneira:

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração "é a *longa manus* do legislador" e que "a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais" (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 104).

É de se ressaltar, por fim, que este princípio pode sofrer restrições temporárias e excepcionais, sendo estas também constitucionalmente previstas: é o caso das medidas provisórias (previsão constante no art. 62); estado de defesa (art. 136) e estado de sítio (art. 137 ao 139) (BRASIL, 1988).

O segundo princípio aqui elencado é o da Supremacia do Interesse Público. Tal princípio "(...) está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação" (DI PIETRO, 2018, p. 133). Salaria a autora, ainda, que os interesses públicos devem ter supremacia sobre os particulares, e, citando Bandeira de Mello, considera que pessoas a quem estão confiados os interesses públicos não têm disponibilidade sobre eles. Afirma, também, que "em

nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a consequente ampliação do próprio conceito de serviço público” (DI PIETRO, 2018, p. 134). Essa compreensão, para ela, é exemplificada pelo art. 5º da Constituição Federal, incisos XXIV e XXV, que tratam da desapropriação e da requisição, imperando o interesse público para a realização desses atos.

Para Bandeira de Mello, tal princípio, como superior aos interesses privados, seria “o princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 99). No entanto, pondera que:

Em todos os casos, a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso, sobretudo pelo *habeas corpus*, quando ofensivas à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da Constituição), e nos demais casos pelo mandado de segurança individual, ou coletivo se for a hipótese (art. 5º, LXIX e LXX), ou mesmo por medidas possessórias, tratando-se de defender ou retomar a posse (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 100).

Quanto aos demais, os autores aqui elegidos são mais sintéticos em suas explanações. Assim, Di Pietro diz-se do Princípio da Impessoalidade:

Estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim (DI PIETRO, 2018, p. 135 e 136).

Com ideia similar, Bandeira de Mello aduz que:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguição são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput), a *fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 117).

A primeira autora salienta que tal aceção aparece pela primeira vez, nesse exato termo, na Constituição Federal de 1988, alegando que esse princípio dá margem a diversas interpretações, sobretudo, pois não tem sido objeto de análise dos doutrinadores brasileiros. Ainda para a doutrinadora, o Princípio da Presunção de Legitimidade/ Veracidade (ou Legalidade) abrange dois aspectos:

De um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes (DI PIETRO, 2014, p. 136).

Assim, entende-se tratar de uma presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário e tendo como efeito a possibilidade de inversão do ônus probatório.

No que lhe concerne, Bandeira de Mello discute acerca do princípio da Legalidade.

Observe-se, com grifos nossos:

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. **Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões** (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 105).

Ou seja, a Administração Pública o que cabe é uma legalidade estrita e inegociável.

Já o Princípio da Especialidade, por sua vez, decorreria da legalidade e da indisponibilidade do interesse público:

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos (DI PIETRO, 2018, p. 137).

Apesar da referência às autarquias, sua aplicação estende-se aos demais órgãos da Administração Indireta, sustenta a doutrinadora.

Quanto ao Princípio da Finalidade, Mello de Melo compreende que a Administração sempre se submete a alcançar a finalidade normativa, sendo, por isso, inerente ao Princípio da Legalidade (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 109).

Do Princípio da Razoabilidade, entende-se que, no que tange à discricção administrativa outorgada, esta deverá obedecer a critérios racionais, respeitando as finalidades que conduziram à outorga. "Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas" (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 111). Quanto ao Princípio da Proporcionalidade, este traz:

A ideia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 113).

Di Pietro enuncia Razoabilidade e Proporcionalidade de forma conjunta. A razoabilidade seria uma baliza para as hipóteses de discricionariedade. A proporcionalidade, para ela, estaria contida na razoabilidade: através da proporcionalidade o administrador conseguiria adequadamente utilizar os meios devidos para os fins que deseja alcançar (DI PIETRO, 2014).

Já ao versar sobre Motivação, elucida-se:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 115).

Nesse ponto, Di Pietro considera que quaisquer atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, devem indicar as razões fáticas e jurídicas para a decisão.

Ao referir-se ao princípio da Publicidade, Bandeira de Mello afirma que:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, regulamentado por uma importantíssima lei, a de n. 12.527, de 18.11.2011,

ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos (...) (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 117).

Por sua vez, Di Pietro salienta que, além do supracitado art. 37, a Constituição versa sobre tal princípio em outras passagens, sendo elas: art. 5º, incisos LX, XI, XII, XIV, XXXIII,

X. Ainda, o inciso LXII garante o *habeas data*, assegurando-se o direito à informação; bem como o inciso XXXIV assegura, independente do pagamento de taxas, o direito de petição e à obtenção de certidões em órgãos públicos.

Em relação ao Devido Processo Legal e à Ampla Defesa, cita-se o art. 5º, incisos LIV e LV, afirmando-se que:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 119).

Quanto ao Princípio da Moralidade Administrativa, refere-se que:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 123).

Para o citado autor, os art. 85, V; 37, § 4º e 5º, LXXIII da Constituição são proteções a esse princípio.

Di Pietro, por sua vez, traça paralelos entre direito e moral e licitude e honestidade, estando os primeiros incluídos nos segundos. Refere-se, ainda, ao brocado latino *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto). Assevera, ainda, que esse tema adquiriu relevância quando se iniciou as discussões acerca da análise jurisdicional do desvio de poder.

Bandeira de Mello ainda elenca como Princípios o Controle Judicial dos Atos Administrativos, Responsabilidade do Estado por atos administrativos, Boa Administração e Segurança Jurídica. O primeiro decorreria da unidade de jurisdição, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Dessamaneira, ainda que haja instâncias administrativas para a resolução de demandas entre Administração e administrados, quaisquer destas poderão ser apreciadas, reexaminadas e decididas pelo Poder Judiciário. O segundo, ao seu tempo, decorre do art. 37, § 6º. Sua dicção é a seguinte:

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:

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreiras nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (BRASIL, 1988).

Para Bandeira de Mello, tal referência legislativa autoriza quatro conclusões: que a responsabilidade do Estado é aplicável a qualquer função pública; a responsabilidade do estado é objetiva; a responsabilidade é objetiva para condutas administrativas comissivas, havendo responsabilidade subjetiva para os comportamentos omissivos do Estado; por último, interpreta-se que tais critérios também se aplicam às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p.125-126).

Já o Princípio da Boa Administração seria o dever jurídico de agir “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 126 *apud* ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2008, p. 64).

Em Di Pietro, esse princípio corresponderia ao da Eficiência: os agentes e a Administração Pública devem atuar de maneira a alcançarem os melhores resultados – desde que seus meios e fins não contrariem o Direito (DI PIETRO, 2014).

A Segurança Jurídica, ressalta Bandeira de Mello, situa-se dentre os princípios gerais do Direito, como essência do mesmo. No que tange ao Direito Administrativo:

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins desancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. (BANDEIRA DEMELLO, 2014, p. 128-129).

Por sua vez, Di Pietro menciona que o art. 2º, *caput* da Lei nº 9.784/99 inseriu tal princípio entre os do Direito Administrativo. O inciso XIII, do artigo 2º desta lei é uma nítida disposição acerca do Princípio da Segurança Jurídica no âmbito do Direito Administrativo, por afirmar que deve haver: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**” (grifos nossos) (BRASIL, 1999). Assim, evita-se que situações benéficas já consolidadas sejam revistas a qualquer tempo, garantindo-se os direitos dos administrados. A autora menciona, também, o Princípio da Proteção à Confiança, que, no Brasil, tem sido visto como o Princípio da Segurança Jurídica. No entanto, diferentemente deste, o primeiro representa a proteção da boa-fé dos cidadãos ao dirigir seu olhar à Administração Pública e seus atos.

Outro Princípio mencionado é o da Boa-Fé. Este foi inserido no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei nº 9.784/99, que em seu art. 2º, parágrafo único, IV aduz que nos processos administrativos deve haver “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (BRASIL, 1999). Na Constituição Federal, esse seria um princípio implícito.

Prosseguindo nesta análise, Di Pietro discorre sobre os demais princípios por ela compreendidos como presentes no Direito Administrativo. Controle ou Tutela diz respeito à fiscalização empreendida pela Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios), com o objetivo de garantir a correta atuação dos entes da Administração Indireta, no âmbito das suas finalidades institucionais. Já a Autotutela se trata do controle dos seus próprios atos, encontrando guarida na Súmula 346 (A Administração Pública pode controlar seus próprios atos) do Supremo Tribunal Federal (STF) e na Súmula 473, também do STF (A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial) (BRASIL, 2012).

Di Pietro também se refere ao princípio da Hierarquia, caracterizado pela relação de coordenação e subordinação entre os órgãos da Administração – relações estas definidas em lei. Excetua a subordinação hierárquica dos órgãos do Judiciário ao STF (art. 103-A da Constituição), desde a Emenda Constitucional nº 45/04.

Cita-se, por fim, o Princípio da Continuidade do Serviço Público, entendendo-se que o Estado presta serviços essenciais à sociedade, não podendo parar. Isso tem como principal consequência restrições ao direito de greve, que para os servidores não ocorre nos mesmos moldes do direito privado.

2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

A Administração Pública, em sentido subjetivo³³⁸ é o conjunto de órgãos e pessoas que realizam a atividade administrativa, subdividindo-se em Direta e Indireta. Para Carvalho Filho,

Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. Em outras palavras, significa que “a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 475)

Carvalho Filho considera o Estado como pessoa administrativa. Enquanto Administração Direta, o que a define é a centralização das suas atividades, que são exercidas pelas pessoas políticas que compõe o sistema federativo brasileiro – Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

Existem numerosas atividades a cargo da administração direta. A função básica de organização interna, a lotação de órgãos e agentes, sua fiscalização e supervisão, para exemplificar, quase sempre é desempenhada diretamente. Por isso, a organização de tais pessoas comporta tantos componentes internos, como os Ministérios, as Secretarias, as Coordenadorias etc (CARVALHO FILHO, 2015, p 475).

Embora ao Executivo seja destinado a atividade administrativa, tanto o Legislativo, quanto o Judiciário também a desenvolvem, ainda que de forma residual, para auxiliar no desempenho de suas próprias funções.

³³⁸ José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo (2015), define Administração Pública em sentido objetivo como a expressão da ideia de tarefa, ação. Em sentido subjetivo, por sua vez, trata-se do conjunto de órgãos e pessoas que desempenham as atividades. Esse segundo sentido é considerado pelo autor como o que utiliza o Estado para atingir seus fins. Por isso, Carvalho Filho entende que o “Estado-sujeito” é o que se deve estudar como Administração Pública Direta e Indireta.

Significa dizer que a Administração Direta do Estado *abrange todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja a de exercer a atividade administrativa*, e isso porque, embora sejam estruturas autônomas, os Poderes se incluem nessas pessoas e estão imbuídos da necessidade de atuarem *centralizadamente* por meio de seus órgãos e agentes. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 476).

Por sua vez, a Administração Indireta possui atuação descentralizada, sendo formada por pessoas jurídicas vinculadas a pessoas políticas, os entes federativos, existindo em função da vontade de tais entes – esses, por meio de lei, delegam a titularidade ou execução de tarefas pela conveniência de não fazê-las através dos órgãos da própria Administração Direta.

Segundo o art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/1967, as entidades que compõe a Administração Indireta possuem personalidade jurídica própria, como ressaltado por CarvalhoFilho. São elas: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. O autor assevera que:

A circunstância de que a entidade se enquadra numa das categorias jurídicas acima confere certeza suficiente e indiscutível para ser considerada como integrante da Administração Indireta da respectiva pessoa federativa, e isso independentemente de prestar serviço público ou exercer atividade econômica de natureza empresarial. Não é o fim a que se destina a entidade que a qualifica como participante da Administração Indireta, mas sim a natureza de que se reveste. Talvez de lege ferenda pudessem ser excluídas as pessoas com objetivos empresariais, objetivos normalmente impróprios aos fins desejáveis do Estado, mas não foi esse o sistema adotado pela Constituição e legislação pátrias (CARVALHO FILHO, 2015, p. 481).

Aduz ainda, mais adiante que “na expressão administração indireta, já se tem que incluir necessariamente as atividades executadas por fundações (públicas)” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 483).

Sobre o conceito de Autarquia compreende-se:

autogoverno ou governo próprio, mas no direito positivo perdeu essa noção semântica para ter o sentido de pessoa jurídica administrativa com relativa capacidade de gestão dos interesses a seu cargo, embora sob controle do Estado, de onde se originou (CARVALHO FILHO, 2015, p. 488).

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, menciona-se de forma sintética, como é a abordagem que aqui cabe:

Embora sejam de categorias jurídicas diversas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser estudadas em conjunto, tantos são os pontos comuns que nelas aparecem. Como veremos, essas entidades são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 515).

Já as Entidades Paraestatais, que atuam em colaboração com o Estado, não são alvo de consenso interpretativo: para uns, trata-se de pessoas jurídicas de direito privado que recebem auxílio oficial do poder público. Para outros, seriam pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta. Além dessas acepções, alguns optam pelo termo “empresas estatais”.

Carvalho Filho afirma, ainda:

Existem, todavia, outras pessoas privadas, instituídas pelas fórmulas de direito privado, às quais pode ser atribuído o encargo da prestação de serviços públicos no regime de parceria com a Administração Pública. Tais entidades também estão juridicamente vinculadas com o Estado, mas os instrumentos de formalização da parceria têm a natureza de verdadeiros convênios, o que as coloca como categoria diversa das pessoas de cooperação governamental, e isso porque, tendo estas a sua função definida na lei instituidora, prescindem de qualquer outro instrumento que formalize o regime de cooperação. O regime de cooperação está delineado, portanto, na própria lei e alcança especificamente a entidade por ela instituída (CARVALHO FILHO, 2015, p. 565).

Por fim, a Administração Indireta possui, também, princípios elencados pelo supracitado autor. O primeiro é o Princípio da Reserva Legal:

Este princípio tem por objetivo a indicação de que todas as pessoas integrantes da Administração Indireta de qualquer dos Poderes, seja qual for a esfera federativa a que estejam vinculadas, só podem ser instituídas por lei. Nesse exato sentido, o disposto no art. 37, XIX, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998: *“Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”* (CARVALHO FILHO, 2015, p. 484).

O segundo é o da Especialidade, que, segundo o autor:

O princípio da especialidade aponta para a absoluta necessidade de ser expressamente consignada na lei a atividade a ser exercida, descentralizadamente, pela entidade da Administração Indireta. Em outras palavras, nenhuma dessas entidades pode ser instituída com finalidades

genéricas, vale dizer, sem que se defina na lei o objeto preciso de sua atuação (CARVALHO FILHO, 2015, p. 486).

Por fim, o Princípio do Controle, que compreende o controle político (os dirigentes da entidade são nomeados por autoridade competente da Administração Direita, com relação *intuito personae*); institucional (seguir os fins para os quais fora criada); administrativo (fiscalização dos agentes e das rotinas) e financeiro (os setores financeiro e contábil são fiscalizados).

3. DAS LICITAÇÕES

Como ponto de partida deste capítulo, cabe elucidar que alguns autores entendem a licitação como um procedimento e outros entendem tratar-se de um processo. Nossos principais referenciais teóricos optam pela terminologia procedimento, o que será seguido neste trabalho, posto que, para o Direito Administrativo, este vocábulo designa uma série de atos e fatos, e nas licitações, de acordo com Di Pietro, são exigidos diversos atos e fatos tanto da Administração, quanto dos licitantes (DI PIETRO, 2014).

Para a presente análise, utilizaremos o conceito de licitação formulado por Bandeira de Mello, em que afirma:

(A licitação) é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 538).

Ou seja, como regra os negócios realizados pela Administração devem ser submetidos a procedimento licitatório.

Para Carvalho Filho, sua natureza jurídica é, também, de procedimento administrativo, tratando-se de um conjunto de atos administrativos regidos pelos princípios do direito público, sendo um procedimento vinculado – que, por isso, não deve dar margem para a discricionariedade e a consequente possibilidade de utilização de procedimentos para fins outros que não o interesse público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 240). Por esta acepção, trata-se de:

Procedimento administrativo com fim seletivo, porque, bem registra ENTRENA CUESTA, o procedimento constitui um 'conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão

administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la' (CARVALHO FILHO, 2015, p. 240).

Quanto aos princípios que lhe regem, para Di Pietro não há unanimidade entre os doutrinadores. Afirma que José Roberto Dromi (1975) indica o da livre concorrência e a igualdade entre os licitantes; para Sayaguéz Laso (1940) seriam igualdade de todos frente à Administração e o estrito cumprimento do edital; já Adilson Abreu Dallari (1973) considera a igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições previstas no edital e que a esses três Bandeira de Mello (1980) acrescenta o princípio da possibilidade de os licitantes fiscalizarem os princípios anteriores (DI PIETRO, 2018).

A autora salienta que Hely Lopes Meirelles compreende o maior número de princípios: "procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória." (DI PIETRO, 2018, p. 465 *apud* MEIRELLES, 2003, p. 265). Di Pietro acrescenta ainda o princípio da licitação sustentável – uma inovação legislativa de 2010 –, bem como ampla defesa e impessoalidade. Por fim, pode-se concluir que a competência para estabelecer normas gerais sobre licitação é privativa da União, com fulcro no art. 22, XXVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

3.1 FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Analisando-se a obra de Carvalho Filho, percebe-se uma junção semântica e prática entre finalidades e fundamentos do procedimento licitatório, esta representada na garantia da moralidade administrativa e da igualdade de oportunidades (CARVALHO FILHO, 2015, p. 246).

Bandeira de Mello, por sua vez, autoriza-nos a entender que:

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 538).

Assim, assegura-se o princípio constitucional da isonomia, possibilita-se um desenvolvimento mais sustentável e permite-se a seleção de proposta mais vantajosa. Por fim, é digno de realce que a inserção da ideia de sustentabilidade se deu com a Lei nº 12.349/2010, ao inserir no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 mais esse objetivo. Destaca Amorim que:

por ostensiva imposição legal, deve a Administração realizar licitações sustentáveis, como forma de implementar contratos administrativos com cláusulas de sustentabilidade de cunho ambiental, econômico, social e cultural (AMORIM, 2017, p. 22)

3.2 NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A chamada Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) foi sancionada em 01/04/2021. Surgiu com a finalidade substituir a antiga (Lei nº 8.666/93), cujo uso já era subsidiário (NÓBREGA e BRITO, 2018, p. 73-94), bem como as Leis nº 10.520/02 e a nº 12.462/11 (Leido Pregão e do Regime Diferenciado de Contratações, respectivamente). Pelo período de dois anos, as normas antigas e a lei de 2021 produzirão efeitos jurídicos concomitantemente, sendo imediata a vigência da Lei nº 14.133/21.

As principais inovações da Lei nº 14.133/21 são a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas (previsto no art. 174 e seguintes), tendendo à virtualização dos procedimentos; a modalidade licitatória do diálogo competitivo (definição no art. 6º, XLII e previsão no art. 28, V), modelo inspirado em experiências internacionais; a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling – BIM*), prevista no art. 19, § 3º, cujo intuito é agilizar e reduzir os custos de obras realizadas pela Administração Pública; mudanças nas licitações internacionais (art. 52); a possibilidade de utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias (art. 151 e seguintes); mudanças nos crimes em licitações e contratos administrativos (art. 178), inaugurando o Capítulo II-B no Código Penal, retirando as previsões criminais da legislação licitatória e, simultaneamente, majorando a pena aplicável aos infratores (BRASIL, 2021).

Além disso, o novo diploma institui critérios de julgamento em seu art. 33 e seguintes, quais sejam: menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; melhor desconto e maior lance – definindo quais critérios são aplicáveis a uma ou outra modalidade licitatória. Ainda, excluiu-se duas modalidades licitatórias anteriormente praticadas: a tomada de preços, o Regime Diferenciado de Contratações e o convite; ao passo que inaugura a modalidade do Diálogo Competitivo (BRASIL, 2021).

Seu desígnio é propor debates entre os licitantes, os quais serão convidados a participarem do procedimento tendo em vista a sua alta especialização no objeto a ser debatido através dessa modalidade licitatória recém-inaugurada. Ao final, apresentarão uma proposta para a demandada administração.

Os princípios a reger as licitações estão elencados em seu art. 5º, que afirma:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade**, da **impessoalidade**, da **moralidade**, da **publicidade**, da **eficiência**, do **interesse público**, da **probidade administrativa**, da **igualdade**, do **planejamento**, da **transparência**, da **eficácia**, da **segregação de funções**, da **motivação**, da **vinculação ao edital**, do **julgamento objetivo**, da **segurança jurídica**, da **razoabilidade**, da **competitividade**, da **proporcionalidade**, da **celeridade**, da **economicidade** e do **desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)² (BRASIL, 2021).

Seus objetivos, depreende-se, são: assegurar a contratação de proposta apta a atingir o resultado mais vantajoso para o ente Administrativo; garantir tratamento isonômico entre os concorrentes; promover a inovação e o desenvolvimento sustentável; proporcionar uma justa competição e, por fim, evitar contratações superfaturadas, auxiliando no combate à corrupção. Pela nova lei, há a possibilidade de contratação direta (art. 72 e seguintes), razão pela qual a licitação pode não ocorrer por inexigibilidade ou dispensa.

De acordo com o art. 74, é inexigível a licitação quando o objeto da compra só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos; nos casos de contratação de profissional artístico; contratação de alguns serviços técnicos especializados, nomeados das alíneas *a* até *h* do art. 74, III – nesse caso, a natureza do serviço deve ser predominantemente intelectual e sua prestação deve ocorrer através de profissional com notória especialização (BRASIL, 2021).

São previstas, ainda, duas novas hipóteses. A primeira delas é o credenciamento (inciso IV), para o qual já houve edital e contratação prévia do fornecedor do objeto, numa nítida desburocratização do procedimento. Já a segunda se trata do inciso V do supracitado artigo: “aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha” (BRASIL, 2021). Nesse caso, não é *possível* realizar a licitação, visto que as peculiaridades do objeto condicionam a sua escolha, apenas assim atingindo o interesse público almejado.

Por sua vez, a licitação é dispensável (art. 75) quando é possível realizá-la, mas o legislador optou por retirar tal imposição. Assim é para as hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 75, quais sejam:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano quando se verificar que naquela licitação:

- a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (BRASIL, 2021).

A lei também elenca outras possibilidades nos incisos e alíneas subsequentes, considerando-se objetos específicos que não necessitam se submeter ao procedimento licitatório em razão da sua natureza ou finalidade. Por fim, as licitações continuam a possuir fases, em sequência, como enunciado pelo art. 17: a preparatória (antes denominada "fase interna"); divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances; julgamento; habilitação (que na Lei nº 8.666/93 ocorria antes da fase de julgamento); recursal e, por fim, a homologação (BRASIL, 2021).

3.2 ENTES QUE TÊM A OBRIGAÇÃO DE LICITAR

Conforme Bandeira de Mello, são obrigadas a licitar as pessoas de Direito Público que detém capacidade política e também entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais) (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Di Pietro inclui nessa obrigação os fundos especiais e, genericamente, outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos. Por sua vez, a autora destaca que, no que tange às organizações da sociedade civil, a legislação aplicável é a Lei nº 13.019/14, que em seu art. 2º, inciso XII versa sobre o procedimento licitatório – embora não se valha desse termo. Eis a dicção do referido excerto normativo:

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, 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 (BRASIL, 2014).

Como se observa, trata-se de modalidade de licitação regida por legislação específica, mas também regida por um instrumento convocatório, julgamento, classificação, homologação e habilitação (DI PIETRO, 2018). No entanto, não é prevista

a contratação de terceiros pela Organização da Sociedade Civil - OSC, que deverá prestar contas (vide arts. 63 a 68 e 69 a 72).

Para as organizações sociais, assim consideradas as entidades de direito privado com interesse social e utilidade pública, o art. 17 da Lei nº 9.637/98, regulamenta que:

A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público (BRASIL, 1998).

Para o uso de bens públicos, a mesma lei dispensa a licitação no seu artigo 12. No que diz respeito às Organizações Da Sociedade Civil Com Interesse Público (OSCIP's), o decreto nº 10.024/19 revogou o 5.504/05, que dispunha acerca da licitação quando em uso de recursos públicos. Ao seu tempo, o Decreto nº 6.170/07 versa sobre a aquisição de bens e serviços comuns com recursos da União, para a qual deve haver cotação prévia de preços, conforme disposição do artigo 11.

Quanto às entidades do Terceiro Setor, seu regime jurídico é de Direito Privado, sendo atravessadas pelo Direito Público somente quando atuam em parceria com a Administração, no que tange às verbas repassadas. Nesse sentido, por serem essencialmente entidades privadas, não têm obrigação de licitar.

3.3 MODALIDADES LICITATÓRIAS

São previstas cinco modalidades de licitação pela Lei nº 8.666/93. São elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A Lei nº 10.520/02, por sua vez, instituiu a modalidade de pregão; a Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC). A elas são aplicáveis a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (lei nº 8.987/95) e a Lei de Parcerias Público Privadas (lei nº 11.079/04). De acordo com Amorim, "concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem ter os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto" (AMORIM, 2017, p. 67).

Para Di Pietro, das leis acima mencionada são deduzidas diversas regras, a seguir elencadas. Para a obrigatoriedade da concorrência, deve haver obra de engenharia com valor superior a um milhão e quinhentos mil reais; para compras e serviços não atinentes à engenharia, o valor deve ser superior a seiscentos e cinquenta mil reais; nos casos de compra eventual de bens imóveis de quaisquer valores (se for hipótese de alienação de bens adquiridos mediante dação em pagamento ou processos judiciais, admite-se tanto a concorrência, quanto o leilão); em casos de concessão de direito real de uso; licitações

internacionais, em geral; alienação de bens móveis em valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais; registro de preços; concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas (DI PIETRO, 2018).

Por sua vez, a tomada de preços é modalidade de disputa entre interessados previamente contratados ou que atendam às condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas. Para obras e serviços de engenharia, possuiu teto de um milhão e quinhentos mil reais. Já para compras e outros serviços, esse limite é deseiscentos e cinquenta mil reais (AMORIM, 2017).

Ainda de acordo com Amorim, a modalidade de convite abrange interessados previamente cadastrados ou não, dentre os quais o ente administrativo deve escolher no mínimotrês. Os demais interessados cadastrados devem demonstrar seu interesse com antecedência mínima de 24h à apresentação das propostas. O seu conteúdo econômico é reduzido: para obrasde engenharia, o valor deve ser inferior a cento e cinquenta mil reais. Para compras e demais serviços, não pode superar os oitenta mil reais (AMORIM, 2017).

Di Pietro esclarece que é uma discricionariedade da Administração utilizar o convite,tomada de preços ou concorrência, desde que o objeto licitado possa ser monetariamente enquadrado na opção elegida (DI PIETRO, 2018). Assim, a título de exemplo, nada obsta a realização de um serviço com valor inferior a oitenta mil reais mediante o procedimento de concorrência.

Já o leilão é destinado à alienação de bens sem utilidade para a administração, produtosapreendidos ou penhorados, desde que o valor de tais bens não ultrapasse o disposto no 23, II, b da Lei nº 8.666/93 (DI PIETRO, 2018). A esse respeito, leciona Carvalho Filho:

Há dois requisitos importantes no leilão. Primeiramente, deve ser dada ao certame a mais ampla divulgação, com o que rigoroso aqui é o princípio da publicidade (art. 53,

§ 4º). Depois, é necessário que, antes do processo, sejam os bens devidamente avaliados, e isso por óbvia razão: o princípio da preservação patrimonial dos bens públicos (CARVALHO FILHO, 2017, p. 287).

Quanto ao concurso, trata-se de:

Modalidade licitatória utilizada para a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, com base em critérios previamente estipulados em edital. Não deve, portanto,

ser confundido com o concurso de provas e títulos necessários à seleção de candidatos para investidura em cargos e empregos públicos (AMORIM, 2017, p. 70).

A citada modalidade deve possuir um regramento próprio, ocorrendo a convocação por edital. Relevante elucidar que:

O prêmio ou a remuneração, no entanto, só poderão ser pagos se o autor do projeto ceder à Administração os direitos patrimoniais a ele relativos e a ela permitir a utilização, de acordo com sua conveniência, na forma do que estabelecer o regulamento ou o ajuste para a elaboração deste.¹⁴¹ Se o projeto se referir à obra imaterial de cunho tecnológico, não passível de privilégio, a cessão dos direitos abrangerá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos informativos referentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, aplicação da obra e fixação em suporte físico de qualquer natureza (CARVALHO FILHO, 2015, p. 286).

O pregão, conforme aduz o art. 1º da Lei nº 10.520/02, destina-se a adquirir bens e contratar serviços considerados comuns. Ou seja, podem ser objetivamente definidos no edital mediante especificações praticadas usualmente pelo mercado. Não há um rol taxativo do que poderia ser objeto de pregão, sendo a avaliação casuística e necessariamente excluindo obras de engenharia, locações de imóveis e vendas em geral (AMORIM, 2017). Quanto ao pregão eletrônico, este está disciplinado pela Lei nº 5.450/05.

Por fim, o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11) foi originalmente instituído para licitações e contratos necessários à realização da Copa de Mundo de Futebol de 2014 e para os Jogos Olímpicos de 2016, bem como a melhoria da infraestrutura e serviços dos aeroportos próximos aos locais de realização do Mundial.

Carvalho Filho aponta que:

Posteriormente, foi ampliada a abrangência do novo regime, que passou a regular também as ações integrantes do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e, por último, as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 304).

O autor afirma, ainda, que subsequentes alterações aumentaram a incidência do Regime Diferenciado de Contratações - RDC, em prol da desburocratização e celeridade do certame. Contudo, com a Nova Lei de Licitações, deixarão de existir a tomada de preços, o Regime Diferenciado de Contratação e o convite, ao passo que se acrescenta uma modalidade inédita: o diálogo competitivo.

Essa nova modalidade será utilizada para situações complexas, com licitantes previamente selecionados utilizando-se critérios objetivos (art. 6º, XLII), funcionando através de diálogos entre a Administração Pública e os interessados, bem como mediante debates entre os licitantes, que desenvolverão alternativas e apresentarão uma proposta final de solução.

A Lei 14.133/2021 estabelece todo o procedimento, indicando em seu art. 32 a necessidade de contratação de inovação técnica ou tecnológica, a impossibilidade de adquirir opções já disponíveis no mercado e impossibilidade de definição precisa das especificações técnicas – elementos que demonstram a complexidade do objeto a ser licitado.

3.5 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A Nova Lei de Licitações (nº14.133/2021) vem unificar o procedimento licitatório, que deverá seguir as etapas cronologicamente mencionadas em seu art. 17, quais sejam: preparatória; divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances, quando for o caso; julgamento; habilitação; recursal e, por fim, a homologação.

O primeiro dos atos da anteriormente denominada “fase externa” é o Edital. Este “consiste no ato por meio do qual se convocam os interessados em participar do certame licitatório e estabelece as condições que o regerão. Trata-se de documento obrigatório para todas as modalidades de licitação, ainda que, no caso do convite, seja mais simplificado” (AMORIM, 2017, p. 80). Saliente-se que, com a nova legislação, deixa de existir a modalidade licitatória do convite/carta convite.

Sua função, ainda de acordo com Amorim, é conferir publicidade ao procedimento; identificar o objeto licitado; delimitar o universo das propostas; circunscrever o universo de proponentes; estabelecer critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas (saliente-se que, ao contrário do regramento sob o qual fora escrita a obra aqui utilizada, a recente lei propõe critérios em seu art. 33 – como mencionado no segundo parágrafo do item 2.2 –, discorrendo a respeito nos artigos seguintes, determinando quais critérios se aplicam a cada modalidade licitatória, enfim, limitando a discricionariedade antes permitida); regular atos e termos processuais do procedimento (como também mencionado, a Lei nº 14.133/21 dispõe de maneira específica a respeito) e, por fim, fixar cláusulas do futuro contrato.

De acordo com o art. 25 da Nova Lei de Licitações, por sua vez,

deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à

fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento (BRASIL, 2021).

A Apresentação de Propostas e Lances, por sua vez, tem suas condições, critérios e prazos estipulados a partir do art. 55 da nova Lei, variando casuisticamente. Após, ocorre a etapa de julgamento. Este é “ato por meio do qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subseqüente contrato com a Administração” (AMORIM, 2017, p. 107). Como já mencionado, tal julgamento se dará por critérios legalmente estabelecidos, com mínima margem para atuação discricionária.

Em caso de empate entre propostas, a própria Lei nº 14.133/21, traz uma resposta em seu art. 60:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2021).

Propostas poderão ser desclassificadas com base em critérios objetivos trazidos no art. 59, art. 61, § 1º e 63, § 1º. Em suma, tais artigos tratam daquelas que não se vinculam aos critérios legais e/ou do próprio edital.

Para participar do procedimento em questão, os interessados deverão demonstrar habilitação jurídica; técnica; fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira para tal. A habilitação jurídica deve demonstrar que “o licitante é sujeito de direito e de obrigações, com capacidade de fato e de direito para a prática dos atos para os quais será contratado” (AMORIM, 2017, p. 93). Já a habilitação técnica corresponde à demonstração operacional e profissional das “aptidões necessárias para a realização da atividade pertinente ao objeto da licitação e, quando for o caso, a comprovação de conhecimento técnico especializado e a capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato” (AMORIM, 2017, p. 93).

Também são exigidos do licitante mais bem classificado (art. 63, III da Lei nº 14.133/21) documentos relativos à sua regularidade fiscal. Também é requerida a regularidade perante a Seguridade Social e ao FGTS (art. 68, IV), e a Justiça do Trabalho (art. 68, V).

Por sua vez, a qualificação econômico-financeira:

Tem por objetivo possibilitar que a Administração se certifique de que o futuro contratado disponha de estável situação econômica e financeira. A boa situação econômica demonstra-se por meio de patrimônio, ao passo que a saúde financeira da empresa consiste na capacidade de ela adimplir as obrigações assumidas (AMORIM, 2017, p. 96).

O prazo para apresentar razões recursais é de três dias úteis (art. 165, I). Por fim, ocorrerá a homologação. Trata-se de “ato de controle pelo qual a autoridade competente – a quem incumbe a deliberação final sobre o julgamento – concorda e confirma os atos realizados pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro” (AMORIM, 2017, p. 147).

De acordo com o art. 64, § 3º da Lei nº 14.133/21:

Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos (BRASIL, 2021).

O art. 71 prevê:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação (BRASIL, 2021).

Como quaisquer outros atos administrativos, a escolha que derivar do art. 71 deverá ser motivada. Havendo vícios insanáveis que conduzam à anulação do procedimento, devem ser explicitados. No que tange à possibilidade de revogação, o motivo determinante deve ser posterior ao início da licitação – devendo ser explicitado e comprovado, mais uma vez restringindo a discricionariedade administrativa.

No que diz respeito à relação entre Administração Pública e as organizações da sociedade civil, a modalidade licitatória é denominada chamamento público, conforme a Lei nº 13.019/14, com etapas e princípios semelhantes aos procedimentos regidos por outros diplomas legais. A dispensa de chamamento público está inscrita no art. 30 da Lei nº 13.019/14, que prevê quatro hipóteses em seus incisos:

I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;

II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;

III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

VI - 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 (BRASIL, 2021).

Ao tratar da inexigibilidade de chamamento público (art. 31), a imposição é retirada em virtude da inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em especial quando:

I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;

II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320 (BRASIL, 2021).

Tanto a dispensa, quanto a inexigibilidade devem ser motivadas e tornados públicos, garantindo-se a transparência e lisura dos mesmos. Por oportuno, é de se observar que as normas pretéritas virão a ser revogadas no prazo de dois anos e enquanto isso sua vigência ocorrerá em paralelo com a nova lei, ainda que possam possuir disposições incongruentes – o que perdurará até a caducidade dos diversos instrumentos normativos que até 31/03/2021 exclusivamente versavam sobre licitações.

Ao contrário da Lei Geral de Licitações (BRASIL, 1993), por exemplo, a Lei nº 14.133/21 trata do procedimento em análise de forma mais extensa, prevendo diversas situações, da preparação, ao edital, até sua homologação. Assim, surge objetivando uma completude, unificando os regramentos até então vigentes e preparando-se para um futuro mais informatizado, aprimorando as normas, mas com potencial para engessar demasiadamente a atuação da Administração. No entanto, sabe-se, nenhuma lei é capaz de prever todas as situações jurídicas que ocorrerão, cabendo aos intérpretes e operadores do direito, sobretudo do Direito Administrativo, a observância da sua recepção no ordenamento jurídico pátrio ao longo dos próximos anos.

4. ENTIDADES DE TERCEIRO SETOR

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DEFINIÇÃO

A origem histórica do que consideramos Entidades de Terceiro Setor remonta a Idade Média, palco das primeiras ações comunitárias, que possuíam o aspecto de obrigação religiosa (ALBUQUERQUE, 2006), ideia também mencionada por Curvelo (CURVELO, 2015) em referência a Olak e Nascimento (CURVELO, 2015, *apud*, OLAK E NASCIMENTO, 2012). No entanto, a maioria dos pesquisadores considera a fundação da Sociedade dos Pioneiros de Rochdale, Inglaterra, o “marco inicial do movimento corporativista” (CURVELO, 2015, p. 10). Ainda de acordo com Curvelo, sobretudo na Europa ibérica, essas entidades são genericamente chamadas de Organizações Não Governamentais (ONGs).

As Entidades de Terceiro Setor englobam pessoas jurídicas de direito privado que podem, ou não, ter algum vínculo com o poder público. As modalidades são diversas: os serviços sociais autônomos (tais como Sesi, Sesc, Senai e outras entidades do chamado sistema S); entes de apoio, a exemplo de fundações, associações e cooperativas; Organizações Sociais; Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Organizações da Sociedade Civil, como a *elenca Di Pietro* (DI PIETRO, 2018).

Embora as denominações sejam diversas, Di Pietro sustenta que apresentam diversos pontos em comum, sobretudo no que tange aos vínculos que podem contrair com o Estado. Assim, seriam seis. A primeira delas é o fato de não serem criados

pelo Estado, ainda que para sua instituição possam precisar de autorização legal ou alguma atuação estatal. A segunda, por sua vez, diz respeito a não desempenharem um serviço público delegado pelo Estado, viade regra, tão somente uma atividade de interesse público – o que a autora considera serviços sociais não exclusivos do Estado. O terceiro, ao seu tempo, refere-se a receberem algum incentivo do poder público, o que será mais adiante tratado. Já o quarto se trata de poderem possuir vínculos jurídicos com o poder público – é o caso quando pactuam convênios, termos de parceria e contratos de gestão, dentre outros. A quinta similitude é que, em todos os casos, o regime jurídico é de direito privado, sendo este atravessado pelo direito público quando atuam com o Poder Público. A última relevante semelhança, para Di Pietro, é que todas as Entidades de Terceiro Setor não são governamentais, sendo essencialmente privadas (DI PIETRO, 2018). Como em Albuquerque, há de se destacar: tais entidades se distinguem simultaneamente do Estado e do mercado, promovendo direitos e interesses coletivos no âmbito na iniciativa individual ou não-estatal mediante ações voluntárias (ALBUQUERQUE, 2006).

Essas são as características que definem as Entidades do Terceiro Setor, na sua generalidade. No entanto, digna de realce é a particularidade das Organizações Sociais:

elas se substituem ao Poder Público na prestação de uma atividade que a este incumbe; elas prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa de particulares, a sua qualificação como Organização Social constitui iniciativa do Poder Público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público (DI PIETRO, 2018, p. 686).

Para Di Pietro, ao possuírem vínculo jurídico com o Estado, podem ser denominadas *entidades paraestatais*. Em seu conceito, essa expressão é utilizada por desempenharem atividades privadas de interesse público mediante fomento e controle estatal, podendo dizer respeito às instituições declaradas de utilidade pública, às que recebem certificado de fins filantrópicos, aos serviços sociais autônomos, além de entes de apoio, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Organizações da Sociedade Civil.

Toda essa articulação de personagens, para Albuquerque, deriva do aumento da pobreza e proliferação de conflitos a partir da Segunda Guerra Mundial. O período, marcado por uma revolução tecnológica sem precedentes, também resultou no aumento das mazelas sociais. Nesse contexto, a atuação da sociedade civil organizada acaba por possuir uma função salutar em diversos países, podendo inclusive suprir verdadeiras

demandas da população, conforme a finalidade social de cada entidade (ALBUQUERQUE, 2006).

4.2 PERSONALIDADE JURÍDICA, ORGANIZAÇÃO INTERNA E TIPOS DERECEITA

Característica essencial das entidades de Terceiro Setor é a sua personalidade jurídica de Direito Privado, adquirida através o registro do seu Estatuto no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas competente, conforme preceituam o Código Civil e a Lei de Registros Públicos. Assim, possuem estrutura e existência institucional, sendo estas separadas do Estado, embora o auxiliem em atividades relevantes. Ademais, não visam o lucro, característica da atividade empresária. Para mais, fundamentalmente têm controle sobre seus próprios assuntos. Ou seja, ainda que atuem em parceria com o Poder Público, mantém a sua característica de autogestão, não integrando os quadros da administração direta ou indireta.

Ainda, além de serem criadas voluntariamente, suas receitas provêm de contribuições voluntárias e podem, também, receber recursos do Poder Público. Essas receitas públicas devem ser precedidas da formalização de instrumentos jurídicos específicos à modalidade da organização de Terceiro Setor.

4.3 TERCEIRO SETOR COMO GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O estado neoliberal instaurado no Brasil a partir da década de 1980, a constituição do chamado Terceiro Setor corporifica a lógica do público não-estatal na prática e na cultura organizacional para a prestação de serviços e políticas sociais. Para Yolanda Guerra, ao colaborar com a obra de Renato de Andrade, essas funções desempenhadas amortizariam as lutas de classes, bem como excluiria o Estado como agente responsável pelas questões sociais, diminuindo o seu investimento nas políticas voltadas para essa área (ANDRADE, 2015).

A escrita de Andrade é realizada pelo ponto de vista dos Assistentes Sociais, sobretudo dos que têm as ONGs como campo de atuação, sendo por isso perceptíveis as demandas, a clientela das ONGs e as respostas dadas pelo Serviço Social (ANDRADE, 2015). Para o autor, se verifica uma ampliação do terceiro setor, com a institucionalização das entidades a ele correspondentes, que são politicamente reforçadas através do Poder Público. Ainda, afirma haver uma grande aceitação dessas organizações junto à sociedade.

A formulação de políticas sociais é um dos modos pelos quais o primeiro setor (o Estado), o segundo (o mercado) e o terceiro (sociedade civil) interagem, sendo este um fenômeno verificado no Brasil e a nível mundial. Tal política busca corrigir as falhas do

sistema socioeconômico vigente, que, paradoxalmente, pauta-se nas desigualdades sociais. Por isso mesmo as ações sociais não estão concentradas nas mãos do Estado, mas também ocorrem por meio de empresas e através de outras entidades. Nesse contexto, com apoio em Gramsci, o autor sustenta que o Estado desempenha uma função integrativa, considerando a política social um instrumento de dominação na atual na presente fase do desenvolvimento capitalista. Nesse contexto, as entidades de Terceiro Setor representariam um braço das ações que competiriam ao Estado, em tempos neoliberais; ao passo que o próprio Estado seria funcional ao sistema capitalista, extraíndo o consenso das classes a serem dominadas (ANDRADE, 2015).

Sendo assim, a proposta de redução estatal deposita grandes expectativas no que concerne ao desempenho das entidades de Terceiro Setor. Talvez por esse motivo a década de 1990 e anos seguintes foram marcados, no que diz respeito a essa temática, por uma expansão legislativa, permitindo até mesmo a delegação de funções ínsitas ao Poder Público, possibilitando-lhe desincumbir-se ou reduzir os encargos sociais. Dessa maneira, haveria uma proposta de substituição de papéis.

Por sua vez, Albuquerque apresenta estudo da Johns Hopkins University (*Global civil society – Dimensions of the nonprofit sector*), que investigou e comparou o Terceiro Setor de 22 países. Com base nessa pesquisa, elenca algumas constatações relevantes. A primeira delas é que o Terceiro Setor é maior em países considerados desenvolvidos, sendo menos evidente na América Latina e Europa Oriental. A segunda é que nos Estados Unidos o Terceiro Setor não é maior que em outros países, não gerando o maior número de empregos na área. A terceira constatação conta que os gastos do governo com questões sociais não correspondem ao tamanho do Terceiro Setor, afirmando que:

havia a crença de que, quanto maior o investimento do governo no bem-estar social, menor o terceiro setor. Isso não é verdade, uma vez que existem países desenvolvidos com um grande terceiro setor e países em desenvolvimento em que esse setor é pequeno (ALBUQUERQUE, 2006).

Por fim, afirma que o Produto Interno Bruto (PIB) do terceiro setor dos países estudados corresponde a US\$ 1,1 trilhão, com dados de 1995. Conclui a pesquisa que o Terceiro Setor é um “continente perdido”, invisível para líderes empresariais, políticos, mídia e imprensa, bem como para a maioria dos cidadãos.

Essa conclusão apresentada contrasta com as concepções de Andrade, por certo. No entanto, ambas possuem um ponto fundamental de convergência: revelam o papel agigantado do Terceiro Setor, cuja atuação se dá em questões sociais. Por essa razão, independentemente de quais sejam as ideias pré-concebidas do observador, é inevitável reconhecer o papel das organizações não-governamentais na consecução dos direitos

sociais, funcionando tais entidades como uma forma de instrumentalização dessas garantias.

4.4 ESPÉCIES DE ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Este trabalho visa discorrer sobre a obrigação de licitar no que concerne ao Terceiro Setor. Para isso, serão adiante detalhadas duas entidades que se alinham aos objetivos da pesquisa: as Organizações da Sociedade Civil (OSCIP) e as Organizações Sociais (OS). No entanto, para fins de contextualização, cumpre apresentar de forma sintética as demais entidades, ainda que não venham a ser objeto do capítulo final.

A Lei nº 13.019/14 se refere às entidades de Terceiro Setor como Organizações da Sociedade Civil (OSC). De acordo com o seu art. 2º, I, trata-se de:

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 e qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos medianteo exercício de suas atividades, e que os aplica 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 erenda; 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 (BRASIL, 2014).

Como se vê, há uma definição genérica. Já nos dizeres de Resende, configuram-se como organizações representativas do denominado Terceiro Setor:

as formas jurídicas de direito privado, notadamente as associações e fundações, visto que as sociedades operam com fins econômicos e as organizações religiosas e os partidos políticos só se viabilizam no mundo jurídico se forem criadas na forma de associação ou de fundação. Além disso, as cooperativas, apesar do princípio de “solidariedade” que rege suas atividades, foram consideradas no Código Civil como sociedades com fins econômicos (SILVA et al., 2011, p. 45 *apud* RESENDE, 2006).

As acepções acerca de quais entidades integram ou não o aludido Terceiro Setor são conflitantes, mas para a escrita deste trabalho seguiremos o entendimento de Di Pietro (DI PIETRO, 2018). Além das OSC, a autora inclui nessa os Serviços Sociais Autônomos.

Para Meirelles, dizem respeito a:

todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrarem assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias (MEIRELLES, 2003, p. 362).

Trata-se das entidades integrantes do Sistema “S” (a exemplo de SENAI, Sesi, SESC, dentre outros). Elas são oficializadas pelo Estado e recebem sua autorização para arrecadarem e utilizarem contribuições parafiscais – tributos recolhidos pela Receita Federal e destinados a outras entidades e fundos –, embora não integrem a Administração Pública Direta ou Indireta. Nesse caso, a atuação estatal se dá mediante o fomento das atividades desempenhadas, através do incentivo e da subvenção.

A terceira modalidade são as entidades de apoio. O termo refere-se àquelas:

instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da Administração Direta ou Indireta, em regra por meio de convênio (DI PIETRO, 2018, p. 693).

Por vezes, a entidade e o órgão a ser apoiado se confundem – a exemplo do próprio local de realização de atividades. Apesar disso, sua atuação se dá sob as égides das entidades privadas, o que reitera a sua característica de desvinculação da Administração Pública. Nos tópicos seguintes deste capítulo, analisaremos mais detidamente as OSCIP e as OS, como convém ao propósito desenvolvido.

4.5 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP

Para o objetivo ao qual se destina este trabalho, cumpre delimitar a análise sobre as entidades de Terceiro Setor, o que se fará ao discorrer sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e as Organizações Sociais – OS. Primeiro, prosseguiremos à análise da organização do tipo OSCIP. Conforme ensina Di Pietro:

A denominação Organização da Sociedade Civil de Interesse Público constitui uma qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria (DI PIETRO, 2018, p. 707).

Portanto, realiza atividade de privada com auxílio do Estado. Tal amparo se dá após a qualificação da entidade, mediante outorga do título de utilidade pública. Conforme o art. 1º, caput, da Lei nº 9.790/14:

Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei (BRASIL, 2014).

Havendo o cumprimento desses requisitos, é ato administrativo vinculado a outorgada qualificação de OSCIP à entidade que os preencher, mediante a entrega do título de utilidade pública – venha ou não a firmar parcerias com o Poder Público. Para receber recursos públicos, o instrumento definido na Lei nº 9.790/14 é o termo de parceria, disciplinado a partir do art. 9º. Referida Lei, de observância obrigatória pela União, versa sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, bem como institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Para a qualificação, a entidade deverá ser necessariamente sem fins lucrativos, conforme já enuncia o art. 1º, vindo o § 1º para definir:

Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos 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 (BRASIL, 2014).

Já o art. 2º afirma que as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; instituições religiosas ou aquelas voltadas à disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; 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 semelhantes; 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; por fim, as organizações creditícias que tenham qualquer vínculo como sistema financeiro nacional, com referência no art. 192 da Constituição Federal – inclui-se, aí, as cooperativas de crédito (BRASI, 2014). É digno de realce: ainda que alguma das entidades acima elencadas não possua fins lucrativos, por expressa disposição legal estará excluída da abrangência da citada lei.

Segundo o art. 3º, por sua vez, a entidade deve atuar em ao menos uma das seguintes áreas: assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação ou da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; 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 socioprodutivos 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; além de estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas no referido artigo (BRASI, 2014).

Já de acordo com o art. 4º, seus estatutos devem conter, expressamente:

- I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;
- II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;
- III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;
- V - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdeu aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação (BRASI, 2014).

O inciso VII, por fim, disciplinam as normas de prestação de contas que deverão ser observadas pela instituição. Observados os citados requisitos, poderão pleitear perante o Ministério da Justiça a sua qualificação (art. 5º). Em parceria com a Administração pública, a atividade desta será apenas de fomento às atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica de Direito Privado. Não ocorre a delegação de serviços públicos, como é o caso das Organizações Sociais.

No que diz respeito à licitação, afirma Di Pietro em sua obra de 2018:

Para que a Oscip celebre contratos com terceiros, o Decreto nº 5.504, de 5-8-05 (somente aplicável à esfera federal), exige que as entidades qualificadas como Oscip, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasses da União, realizem licitação para obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade de pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Contudo, o Decreto nº 6.170, de 4-4-07 (com alterações posteriores), de forma implícita, alterou parcialmente o Decreto anterior, pois passou a exigir, para a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União, apenas a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato (DI PIETRO, 2018, p. 711).

Quanto aos Municípios e Estados, a observância da lei ora comentada nunca foi obrigatória, pois todos os entes federativos possuem competência, nesse caso concorrente, para versar a respeito deste tema.

4.5.1 Título de utilidade pública

Nessa etapa do trabalho, cumpre detalhar informações acerca do título de utilidade pública. As entidades paraestatais, aqui genericamente consideradas, sintetizam todas as entidades integrantes do chamado Terceiro Setor que tenham vínculo com o poder público. Isso abrange as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI dentre

outros), os entes de apoio, as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações da Sociedade Civil.

As entidades de Terceiro Setor podem contar com o incentivo do poder público, o que se dá com a outorga de um título (o de utilidade pública, por exemplo), através do qual poderão contar com auxílios e subvenções provenientes do orçamento do Estado, cessão de servidores públicos e outorga para utilização de bens públicos.

A Lei nº 9.790/99 dispõe a respeito da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), bem como disciplina o Termo e Parceria, que poderá ser pactuado entre esta e o Poder Público (BRASIL, 1999). Para que esse instrumento possa ser realizado, à entidade privada deverá ser outorgada a qualificação como uma das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. A outorga é ato administrativo vinculado aos requisitos autorizativos, bem como aos elementos de exclusão instituídos pela referida lei – e independe da futura formalização de parceria com o poder público.

O título de utilidade pública pode ser de origem estadual ou federal. O primeiro deles deve ser requerido perante a Câmara Municipal, que emitirá em seu diário oficial o reconhecimento de determinada instituição como de utilidade pública. Na esfera federal, por sua vez, a base legal vigente é o Decreto nº 50.517/61. A entidade deverá requerer a qualificação ao/a Presidente da República, encaminhando-o ao Ministério da Justiça. Ou seja, ante a presença dos requisitos necessários, a entidade receberá um reconhecimento na modalidade do título de utilidade pública, ao que seguirá a sua qualificação. Esta permite que, futuramente, a instituição sem fins lucrativos e com interesse social possa formalizar Termo de Parceria e, com isso, ter suas atividades fomentadas pelo Estado.

4.6 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – OS

As Organizações Sociais são disciplinadas, no âmbito federal, pela Lei nº 9.637/98 e, embora sejam consideradas entidades de Terceiro Setor, possuem significativas diferenças quando comparadas com as demais entidades. Di Pietro conceitua o termo “organização social” como “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” (DI PIETRO, 2018, p. 699).

Segundo o art. 5º da Lei nº 9.637/98, esse contrato é:

o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º (BRASIL, 1998).

Quais sejam, ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Tal instrumento deve definir as metas a serem cumpridas pela Organização Social; a forma de fomento pelo Poder Público; o programa de trabalho; prazos de execução; critérios de avaliação de desempenho, dentre outros elementos referentes ao desenrolar das atividades.

Ao outorgar tal título, o Poder Público objetiva descentralizar a atuação estatal mediante fomento às atividades de pessoa jurídica de direito privado – precisamente, serviço público com natureza social – através da delegação de determinada atividade.

Reúnem as seguintes características no âmbito federal, conforme Di Pietro: natureza jurídica de direito privado; ausência de finalidade lucrativa; é criada por particulares; deve haver habilitação perante a Administração Pública para obter a qualificação – após a qual será declarada como “entidade de interesse social e utilidade pública”; pode atuar nas áreas de ensino, saúde, desenvolvimento tecnológico, pesquisa científica, cultura, proteção e preservação do meio ambiente; o órgão de deliberação superior da OS deve ter representantes do Poder Público e da comunidade; a OS e o Poder Público pactuam um contrato de gestão; a execução do contrato será supervisionada por órgão ou entidade correspondente à área fomentada; o supervisor deverá cientificar o Tribunal de Contas da União acerca da irregularidade na utilização de recursos públicos, sob pena de responsabilização; havendo má utilização dos recursos públicos, o órgão fiscalizador deverá representar ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da OS; o fomento poderá compreender a destinação de recursos e bens necessários ao cumprimento do contrato, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação, cessão de servidores públicos, dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços pactuados entre as partes; por fim, a entidade poderá ser desqualificada como organização social se descumprir normas do contrato de gestão (DI PIETRO, 2018).

No que toca a licitação, a citada Lei não prevê a utilização do procedimento licitatório, mas determina a publicação de um regulamento próprio para contratações e compras que utilize recursos oriundos do Poder Público, reconhecendo que a OS possui personalidade jurídica de direito privada não se trata de órgão público, embora realize função pública e tenha fomento da Administração Pública – se o fosse, estaria obrigada a licitar. Quanto à seleção da OS a ser contratada, por sua vez, o STF, por meio da ADIN nº 1923/DF, compreendeu que não há obrigatoriedade de licitar (BRASIL, 2015).

Essas são as linhas gerais a serem traçadas a respeito das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, cujas possibilidades de fiscalização serão adiante discutidas.

5.O TERCEIRO SETOR EM PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Terceiro Setor compreende entidades com personalidade jurídica de direito privado, característica oposta à dos entes federativos, regidos pelo direito público. Apesar dessa distinção, tais instituições privadas prestam serviço de natureza pública e social, podendo receber fomento financeiro, utilizar bens públicos e o trabalho de servidores públicos para a consecução das suas finalidades, embora não integrem a estrutura da Administração Pública. Nessa senda, surgem dois questionamentos que exigem respostas detalhadas. O primeiro deles: quais são os instrumentos jurídicos aptos a formalizar as parcerias entre o Terceiro Setor e o Poder Público?

Como segundo questionamento, parte-se dos pressupostos de que a licitação exprime o cumprimento de princípios ínsitos à Administração Pública, quando da utilização de recursos, bem como instituições privadas recebem verbas encaminhadas pelo Estado. Diante dessa interseção entre direito público e direito privado, estariam as Entidades de Terceiro Setor obrigadas a licitar? É o que nos propusemos a responder.

5.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FORMALIZAÇÃO DE PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TERCEIRO SETOR

Instituições privadas podem realizar atividades que são de incumbência do Estado e para isso podem receber diversos fomentos – capital, bens móveis e imóveis, designação de mão de obra oriundos do Poder Público. Para tanto, como é essencial às entidades de direito público, deve-se observar o princípio da legalidade. Este determina que tais repasses devem ser precedidos da formalização de instrumentos jurídicos designados em lei com entidades qualificadas para tanto. A esse respeito, Carvalho Neto afirma que os títulos jurídicos, nomenclatura genericamente atribuída aos certificados, títulos e qualificações outorgados pela Administração Pública sintetizam o reconhecimento pelo trabalho social desenvolvido pela entidade, diferenciando-a na concessão de benefícios. Após a titulação jurídica, a entidade está apta a formalizar parcerias com a Administração Pública (CARVALHO NETO, 2007).

A Lei nº 13.019/2014 traz relevantes definições acerca de três instrumentos jurídicos.

A princípio, anuncia em seu art. 2º, III que a parceria é um:

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 (BRASIL, 2014).

Em seguida, passa tratar dos instrumentos jurídicos em si ali previstos. Informa que termo de colaboração é:

Instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros (BRASIL, 2014).

Já o termo de fomento trata-se de:

Instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros (BRASIL, 2014).

Por fim, acordo de cooperação trata-se de:

Instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros (BRASIL, 2014).

Como se vê, por não envolverem repasse de verbas, os acordos de cooperação não serão objeto de análise deste capítulo, somente as duas primeiras modalidades. A primeira delas, o termo de colaboração, representa parceria proposta por iniciativa Administração Pública. O termo de fomento, por sua vez, espelha a parceria proposta por entidade privada.

Em ambos os casos, a referida Lei enuncia como obrigatória a ocorrência de chamamento público, que se destina a selecionar organização da sociedade civil que firmará termo de colaboração ou fomento, em procedimento que garanta a observância de princípios característicos da Administração Pública: moralidade, legalidade, isonomia, impessoalidade, publicidade, igualdade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, dentre outros. Tanto para a seleção, quanto para o monitoramento e avaliação das parcerias, deve-se observar tais princípios, com a publicação na imprensa oficial e participação de ao menos um servidor público estável, inclusive.

No que tange às entidades qualificadas como Organizações Sociais, prioritariamente deve-se aplicar a Lei nº 9.637/98, pactuando-se um contrato de gestão. O art. 5º da referida lei define como "instrumento firmado entre o Poder Público e a

entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º (BRASIL, 1998).

Para a sua elaboração, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade; bem como deve-se especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular-se limites e critérios para a remuneração e vantagens destinadas aos empregados e dirigentes das organizações sociais; além disso, autoridades supervisoras poderão determinar demais cláusulas.

Quanto às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), a Lei nº 9.790/99 institui o termo de parceria. Seu art. 9º o caracteriza como:

instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei (BRASIL, 1999).

A sua celebração, requer prévia consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das correspondentes áreas. O instrumento deve conter, essencialmente, cláusula a respeito do objeto, contendo a especificação do trabalho proposto pela OSCIP; estipulação de metas, resultados e prazos; por fim, a previsão de critérios objetivos para a avaliação de desempenho.

Em suma, a legislação brasileira prevê uma modalidade de parceria que não acarreta transferência de recursos, qual seja, o termo de cooperação. De outro lado, prevê quatro instrumentos de formalização de parcerias que possuem como elemento característico o repasse de verbas: termo de colaboração, termo de fomento, contrato de gestão e termo de parceria, cuja celebração e execução deve ser orientada pelos princípios que regem a Administração Pública.

Os três primeiros tipos são destinados às Organizações da Sociedade Civil. O quarto, por sua vez, é aplicável às Organizações Sociais. O último, por fim, às OSCIP's.

5.2 A INEGIXIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA O TERCEIRO SETOR

O Direito Administrativo atravessa as entidades integrantes do Terceiro Setor quando ocorre o repasse de insumos pelo Poder Público. Além disso, tais instituições devem observar princípios e regras oriundas do direito público quando da utilização de recursos públicos – sobretudo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diante desse cenário, questionou-se a exigibilidade ou não do procedimento licitatório no emprego dos recursos destinados às entidades de Terceiro Setor, visto que a natureza e destinação desses permanecem públicas. Uma vez que a Lei nº 8.666/93 somente menciona os órgãos da administração, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas unidades federativas do país como submissos à Lei de Licitações, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado a se manifestar para a pacificação da controvérsia.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923/DF foi proposta no ano de 1998 e julgada em 16 de abril de 2015. Foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com o objetivo de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98, conhecida como Lei das Organizações Sociais. Os autores da ADI afirmavam que os serviços públicos de saúde, educação, acesso à ciência, proteção ao meio ambiente e patrimônio histórico deveriam ser prestados exclusivamente pelo Estado, sem delegação a atores privados. Também se questionou a constitucionalidade da dispensa de licitação às OS, tendo em vista a utilização de verbas públicas. Embora o questionamento formulado dissesse respeito apenas à Lei das Organizações Sociais, o tema possui uma maior abrangência, refletindo-se nas diversas organizações da sociedade civil.

O primeiro aspecto do acórdão, reconheceu-se a necessidade de observância dos princípios da Administração Pública no emprego da discricionariedade administrativa. Dessa forma, a qualificação de entidades deve obedecer a parâmetros estritos, tais como impessoalidade, moralidade e publicidade, o que a torna constitucional, pois possibilita o controle dos atos do poder público.

O STF também pacificou a controvérsia em torno da natureza jurídica dos contratos de gestão: tratam-se de convênios, tendo em vista os interesses convergentes entre o Poder Público e as OS. Essa decisão se coaduna com a previsão constante na Lei nº 8.666/93, artigo 24, XXIV, que prevê a dispensa de licitação para a celebração de contratos com Organizações Sociais, no que concerne às atividades contempladas no contrato de gestão.

Nesse sentido, o Acórdão nº 3.239/2013, do Tribunal de Contas da União, já recomendava a realização de chamamento público para a realização de parcerias com as OS – instrumento não previsto na Lei das OS. Como se vê, o STF reiterou a constitucionalidade da dispensa de licitação para firmar parcerias, mas determina que se observem critérios para tal, por meio do chamamento público.

No que tange ao dever de licitar, por parte das Organizações Sociais, consagrou-se a incompatibilidade do procedimento com a entidade de direito privado – tal compreensão, por analogia, se entende às OSCIP's. O Supremo Tribunal Federal entendeu que tais entidades devem observar regras próprias para suas contratações, utilizando as dotações públicas tendo em vista a objetividade e impessoalidade.

No voto condutor do julgamento, o Ministro Luiz Fux assevera:

Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade” (BRASIL, 2015, p.78).

Dessa forma, tais organizações podem agir com mais flexibilidade, pois não obrigatoriamente se submetem à Lei de Licitações. No entanto, ao receber fomento dos entes federativos, deverão apresentar critérios técnicos e objetivos para suas contratações – seja de bens, seja de pessoal –, editando um regulamento próprio que observe princípios como a publicidade, moralidade, legalidade, impessoalidade e eficiência.

A Advocacia Geral da União e a Consultoria Geral da União em seu Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – Decor, na 3ª edição do Ementário em 2017 que tem como função elencar precedentes, consolidar entendimentos das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como, da celeridade e uniformidade as demandas administrativas e judiciais, traz:

Organizações sociais. Lei nº 9.637/98. Necessidade de licitar imposta pelo decreto nº 5.504/2005. Ilegalidade. Regulamento próprio para a contratação de bens e serviços previsto em lei. Aplicação das regras do art. 11 do decreto nº 6.170/2007.

I – Por conta da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, ratificada, in casu, pelo indeferimento de medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1923/DF, os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei Nº

9.637/98 vigem plenamente e estipulam que as organizações sociais devem observar seus regulamentos próprios ao contratar com terceiros, consistindo tal previsão legal em exceção válida ao princípio licitatório, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República.

II – O Decreto Nº 5.504/2005 é absolutamente incompatível com os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei Nº 9.637/98, não sendo, assim, aplicável às organizações sociais.

III – O art. 11 do Decreto Nº 6.170/2007, por outro lado, é aplicável às organizações sociais e determina a observância de princípios essenciais no trato dos recursos públicos quando da produção do regulamento específico relativo à contratação de bens e serviços pelas organizações sociais.

IV – A tese firmada no Acórdão Nº 601/2007 – 1.ª Câmara e repetida no Acórdão Nº 2.569/2011 – 2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União merece ser revista.
V – Nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas das organizações sociais que recebem recursos federais. ()

Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a administração pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993. Orientação normativa nº 13, de 01/04/2009 (BRASIL, 2017, p.9-18).

Percebe-se que as decisões vêm acompanhando a ideia de criação inicial do Terceiro Setor, que é o não engessamento do Estado e a desburocratização da prestação de serviços à coletividade, que o Estado pode executar de forma indireta seus serviços públicos e fiscalizar a prestação de contas, flexibilizando o modelo que é gerido os recursos públicos, ofertando fomento na execução dessas determinadas atividades resultando em celeridade e eficiência no resultado final, que é a resolutividade no atendimento ao cidadão.

O Tribunal de Contas da União (TCU), em julgamento TC 029.423/2013-9, recurso de reconsideração em prestação de contas da Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada, votou através de seu relator Raimundo Carreiro, pela inaplicabilidade do decreto nº 5.504/2005 às organizações sociais, com as seguintes considerações:

De fato, não deve ser exigido das Organizações Sociais — que não são integrantes da Administração Pública, e, portanto, não são destinatárias da obrigatoriedade de licitar, segundo a conceituação que se extrai da Constituição Federal (art. 22, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI) — a submissão às mesmas regras aplicáveis à Administração Direta e Indireta, sobretudo porque tais

organizações do setor privado devem gozar de maior flexibilidade em suas aquisições (compras e contratação de obras e serviços), o que não ocorreria com a sujeição aos estritos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, mais formais e menos céleres.”(...)”Esse projeto pretendia e ainda almeja a modernização do modelo de Estado vigente, sendo que o Poder Público transfere a execução dos serviços públicos não exclusivos, a exemplo das pesquisas operadas pelo recorrente, aos entes privados. Fomenta-se o executor, por meio de incentivos e até transferência de recursos públicos, pessoal e flexibilidade nas contratações, em troca do controle de resultados (BRASIL, 2015).

E, conclui que:

Diante das análises realizadas, evidencia-se que as Organizações Sociais não se submetem às normas licitatórias aplicáveis ao Poder Público, devendo as suas contratações com terceiros — com previsão de dispêndios com suporte em verbas públicas — observar o que tiver sido disposto em regulamento próprio, que deve, isso sim, ser orientado pelo núcleo essencial dos princípios da Administração Pública referidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, compatibilizando-se, dessa forma, a incidência dos princípios administrativos com as atributos mais flexíveis inerentes ao regime de direito privado. Diante do exposto, acompanho as propostas uniformes exaradas nos autos e Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado (BRASIL, 2015).

O dever de prestar contas do recurso público recebido permanece, fiscalizado por controles internos e externos como veremos a seguir, o que se confirma através das informações supracitadas é que para a aquisição de bens e serviços com a finalidade de execução dos serviços públicos não exclusivos prestados pelas pessoas jurídicas distintas dos entes federativos que compõe o Terceiro Setor, não é necessário licitação. Contudo, tem obrigação de estar em consonância com os princípios centrais da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

6. FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

Apesar da inexigibilidade de licitar, pelo Terceiro Setor, deve ocorrer a fiscalização da aplicação dos recursos públicos repassados a essas entidades com mecanismos de controle interno e externo. Aqui, discutiremos acerca de dois instrumentos de controle interno – aquele realizado pelo próprio órgão, tenha personalidade de direito público ou privado; e três dispositivos de controle externo, realizado por figuras extrínsecas à parceria.

6.1 CONTROLE INTERNO

a) Fiscalização pelo órgão concedente

A primeira modalidade de controle a ser mencionada é de controle interno: a fiscalização pelo órgão concedente. O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, regulamentado pela Lei nº 13.019/14, trouxe em seu art. 8º a obrigatoriedade de observância da capacidade operacional da Administração Pública no cumprimento das responsabilidades advindas das parcerias celebradas, no que se inclui o poder fiscalizador.

Luciano Chaves de Farias, em seu artigo “Celebração de convênios com o Terceiro Setor condicionada à capacidade de fiscalização do órgão repassador”, publicado pela Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no ano de 2016, pontua que a fiscalização dos convênios com o Terceiro Setor pode ser deficiente, onerando os contratos pactuados entre essas entidades e terceiros, trazendo prejuízos para o Poder Público e para a coletividade. Como instrumento fiscalizador, o referido autor propõe que:

A Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, atente para tal situação no momento da celebração de convênios com instituições privadas. A entidade repassadora tem de primar sempre pela fiscalização dos recursos públicos, procurando em todas as situações cumprir com o objeto estabelecido no convênio, de forma satisfatória, dando cumprimento à finalidade social e ao interesse público, em conformidade com os princípios constitucionais e com as regras legais (FARIAS, 2016, p. 112).

Entende Farias que os convênios requerem, em tese, um maior controle do que os contratos administrativos, pois naqueles inexistente correlação direta entre o cumprimento de obrigações, pelos participantes. Isso por que:

As verbas repassadas por meio de convênios não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido. Dessa diferença, tem-se um natural consequência: no contrato, a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem de que o Estado necessita e que será incorporado ao patrimônio público; já o valor pago será incorporado ao patrimônio do contratado (FARIAS, 2016, p. 113).

Nesse cenário os repasses perdem a natureza pública, de forma que o interesse do ente público se limita ao adimplemento contratual. Em oposição, o numerário recebido mediante convênio fica vinculado a um objeto ou finalidade específica, de interesse público. Assim, a sua natureza não se modifica, do que decorre uma maior necessidade de controle. Dessa maneira:

A *ratio essendi* para o dever de fiscalização, por parte do concedente, reside, decerto, no fato de que ele é o órgão que transfere aos convenientes os recursos

alocados em sua dotação orçamentária, a fim de melhor viabilizar a execução de determinada obra, serviço, projeto ou atividade. Em outras palavras, cabe ao órgão concedente zelar pela regularidade de utilização dos recursos transferidos ao conveniente, visando garantir que o objeto almejado será executado da forma ajustada (FARIAS, 2016, p. 113).

Nessa senda, o autor menciona a Portaria Interministerial MF/MP/CGU n. 507/2011 e o art. 10, § 6º, do Decreto-Lei n. 200/1967, ambos conduzindo à necessidade de fiscalização dos projetos pelo órgão concedente. Essa forma de controle possibilita a diminuição das irregularidades na celebração, execução e prestação de contas dos convênios.

b) Conselho Fiscal

Segunda espécie de controle interno se materializa na presença de um Conselho Fiscal. O órgão é previsto pela Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), mas pode ser instituído em favor de qualquer pessoa jurídica de direito privado. A equipe deve ser formada por membros com atuação independente, através da qual poderão observar os administradores no cumprimento de princípios como a ética e a transparência, além de opinar sobre as contas e movimentação financeira. Possui, também, função de controle, assegurando a consecução de objetivos e a correta alocação de recursos, conferindo confiabilidade aos processos de gestão.

Se criado, seu papel será eminentemente fiscalizador, sendo independente da Diretoria e do Conselho de Administração de determinada entidade, apesar de poder integrar a estrutura organizativa da mesma. Essa instância pode promover de forma eficaz a defesa dos interesses da própria entidade e dos recursos públicos por ela utilizados. Por isso, é uma das formas de controle interno passíveis de implementação para o supervisionamento das entidades do Terceiro Setor.

6.2 CONTROLE EXTERNO

a) Tribunais de Contas

No que alcança o controle externo, o primeiro mecanismo é a fiscalização empreendida pelos Tribunais de Contas. Isso porque as OS e OSCIP's recebem recursos e realizam atividades de interesse público, razão da qual decorre a necessidade de prestar contas à competente Corte.

A Constituição Federal, em seu art. 70, parágrafo único, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, determina que deverá prestar 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 (BRASIL, 1988).

Nesse ínterim, cumpre salientar que as atividades de controle realizadas pelos Tribunais de Contas têm como destino o Poder Legislativo, como decorrência do poderfiscalizador que lhe é atribuído pelo art. 70, *caput* da Constituição Federal. De acordo com Farias, a dicção da Constituição Federal é no sentido de que “o executor do convênio é visto como alguém que administra dinheiro público e, como tal, está obrigado a prestar contas não só ao ente repassador da verba, mas também ao Tribunal de Contas” (FARIAS, 2016, p. 113). A nível infraconstitucional, o art. 8º, § 1º da Lei nº 9.637/98 (Lei das Organizações

Sociais) estabelece o dever de prestar contas em cada exercício financeiro. Por sua vez, o art. 9º aponta a competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a formulação e execução do contrato, bem como apurar irregularidades ou ilegalidades na utilização de recursos e bens públicos da União (BRASIL, 1998). Já a Lei nº 9.790/99, também conhecida como lei das OSCIP’s, institui o dever de apresentar prestação de contas no art. 10, V, com referência ao Tribunal de Contas em seu art. 12.

Elisabeth Couto Falcão afirma que, além dos elementos financeiro, orçamentário e patrimonial, a competência dos Tribunais de Contas abrange outros ensejos (FALCÃO, 2007). Quanto às OSCIP’s, em razão da discricionariedade presente na outorga de tal titulação, o Tribunal de Contas atua para verificar se a concessão do título jurídico seguiu os ditames legais, bem como para constatar a observância dos princípios ínsitos à administração pública, tais como moralidade e impessoalidade. Quanto à própria formalização do contrato de gestão ou termo de parceria, a atuação da Corte tem como escopo “examinar o conteúdo dos referidos ajustes e a justificativa para a sua celebração, assim como o conteúdo do plano de trabalho das entidades, onde devem constar as informações suficientes para a execução do projeto” (FALCÃO, 2007, p. 64-65).

Na execução do pacto, a atuação ocorre “por meio de auditorias, para verificar a utilização dos recursos públicos e, com especial atenção, para proceder ao controle dos resultados, que devem guardar consonância com o interesse público” (FALCÃO, 2007, p. 65). Além das auditorias, outros procedimentos, tais como a apuração de denúncias e representações, podem ser realizados pelos Tribunais de Contas.

A respeito da metodologia a ser adotada para o processo de controle, a autora propõe o procedimento aventado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal em 2004. O roteiro deve objetivar oito ações: avaliar a legalidade da parceria realizada com Organizações Sociais ou OSCIP’s; avaliar a fidedignidade dos dados apresentados para demonstrar a execução das metas; avaliar o cumprimento dos objetivos e metas

pactuadas, valendo-se de indicadores de desempenho previamente definidos; avaliar se os referidos indicadores são suficientes para demonstrar o cumprimento das metas; avaliar se as metas propostas condizem com a capacidade da entidade executora; avaliar a observância de princípios essenciais à administração pública; avaliar a atuação do órgão supervisor; avaliar se os objetivos e metas atendem as demandas da sociedade; tecer conclusões sobre a eficácia, eficiência, economicidade, qualidade e efetividade do desempenho do órgão executor das atividades (FALCÃO, 2007).

b) Ministério Público

Uma das funções precípuas do Ministério Público, consoante informa da Constituição Federal em seu art. 127, é a defesa dos interesses sociais indisponíveis. Estes compreendem, dentre outros, a saúde, educação, trabalho, alimentação, proteção à maternidade e à infância – os chamados direitos sociais, a exemplo do disposto a partir do art. 6º da Carta Magna (BRASIL, 1998). Dessa forma, a missão institucional é a garantir a implementação e cumprimento desses direitos. Nesse sentido, diversas legislações a respeito do Terceiro Setor atribuem ao Ministério Público um poder fiscalizador, como o art. 66 do Código Civil que aponta: velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

Os promotores/curadores de fundações exercem o trabalho de fiscalização, principalmente através da verificação da prestação de contas realizada pela fundação. A normatização desses procedimentos varia de Estado para Estado, dependendo de portarias expedidas pelo procurador geral dos ministérios públicos do Estado. A quase totalidade das unidades da federação adotam o Sistema Coletor dos Dados e Informações (Sicap), instrumento pelo qual as fundações e as unidades de interesse social prestam contas ao Ministério Público. Com relação as associações, o Ministério Público pode apurar as irregularidades em suas gestões, por meio de inquéritos civis públicos (SZAIZI, 2005, p.34).

c) Controle Social

O controle da sociedade executado com o Terceiro Setor abrange não somente a fiscalização sobre o gerenciamento de recursos oriundos do Estado, como também se há prestação dos serviços e se estes atendem os requisitos pactuados na sua implementação, qualquer pessoa civilmente capaz está apta para denunciar os desvios e inconstâncias cometidas pelas entidades em questão. Esse controle da sociedade goza de validade legislativa.

Sobre a participação da comunidade em organizações sociais, Castro e Prado argumenta que: O órgão colegiado de deliberação superior das organizações sociais deve abarcar em sua composição membros da comunidade, de notória capacidade

profissional e idoneidade moral (art. 2Q, I, *d*, da Lei n. 9.637/98 e art. 29, I, c/da LC/SP n. 846/98) (CASTRO e PRADO, 2007, p. 27-28). Todavia, estes membros da comunidade serão eleitos pelos demais integrantes do Conselho, que serão ou representantes do Poder Público ou membros da própria associação.

O Estado não está apenas deslocando parte dos serviços a serem executados aproximando setores públicos e privados, está encurtando o distanciamento entre o governo e a população, por intermédio do poder de fiscalização, essa reformulação na administração resulta mais empoderamento ao cidadão com seu exercício social que tem acesso as informações pertinentes a gestão.

Houve, portanto, uma profunda modificação na relação público/privada o que exigiu o mesmo grau de alteração no controle da sociedade sobre esta nova relação. Já não se verificava uma relação estanque e separada entre Estado e sociedade, tendo o ordenamento jurídico progressivamente incorporado a intersecção em muitas áreas de forma a valorizar a cidadania e a responsabilização (CASTRO e PADRO, 2007, p.26).

Com apoio em Carlos Vasconcelos Domingues, Falcão elenca tipos de auditoria que configuram um controle social. A primeira:

visa à otimização dos recursos e permite ao controle externo aferir os resultados dos programas dessas entidades e o seu impacto na sociedade, mediante o exame da conveniência e oportunidade das ações sociais ali desenvolvidas (FALCÃO, 2007, p.66).

Paralelamente, a segunda “resulta da linha evolutiva da auditoria integrada e compreende, além desta, a auditoria social, a qual, por seu turno, desdobra-se em três vertentes: ecologia, ética e equidade” (FALCÃO, 2007, *idem*). Esta compreende, respectivamente, a avaliação de impacto ambiental do projeto, a subsunção à ética do serviço público e evitar o tratamento diferenciado a grupos da sociedade, na execução das atividades. Afirma-se, também, que o controle externo poderá adotar procedimentos auditorias mais ousados e ajustados à natureza dessas organizações, exemplificando, dentre esses novos métodos, as auditorias de impacto socioeconômico e de imagem, que se direcionam à avaliação dos resultados.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da monografia procuramos discutir a exigência de licitação para as entidades do Terceiro Setor que recebem recursos públicos, ou seja, da Administração Pública. O Terceiro Setor é caracterizado como um conjunto de entidades de personalidade jurídica de direito privado, diferente do Estado (pessoa jurídica de direito público) e que apesar de prestar serviços de natureza pública e social não fazem parte da

estrutura da Administração Pública. Assim sendo, evidenciamos no decorrer do trabalho que essas entidades não são obrigadas a licitar, somente a respeitar os preceitos constitucionais e realizar sua prestação de contas aos órgãos responsáveis. Essas entidades de regime privado, não se submetem a Lei de Licitações, ao receber o fomento, por exemplo, da União, deverão seguir os princípios basilares como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Conforme apontamos no trabalho, o Direito Administrativo disciplina uma série de regras jurídicas relativas à organização, o funcionamento e a atuação do poder do Estado. De tal modo, a Administração Pública, fundamenta-se a partir de um conjunto de princípios elencados de maneira expressa na Constituição Federal, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Entretanto, o rol não é limitado, como demonstramos a partir dos renomados doutrinadores citados, além dos princípios expressos há uma série de outros implícitos sobre os primeiros e que oferecem sustentação teórica e conceitual ao Direito Administrativo no que concerne sua incidência e regramento sobre a Administração Pública (direta e indireta).

O procedimento licitatório constitui regra dentro do Direito Público, abrangendo tanto os entes da Administração Direta (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), como Indireta (fundações públicas, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista). Os negócios relativos a Administração Pública no tange a contratação de terceiros com fim a execução de atividade ou serviço implica num procedimento de seleção propostas relevantes, com critérios claros e objetivos conhecidos pelos interessados.

A finalidade do procedimento licitatório é discutida entre os doutrinadores, contudo, podemos destacar entre os objetivos e fundamentos a garantia da moralidade administrativa, o desenvolvimento sustentável, a condição de igualdade entre os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. A propósito, como apontamos, na legislação brasileira foi introduzida uma nova Lei de Licitações, nº 14.133, de 1 de abril de 2021, substituindo as normas anteriores e inaugurando novos dispositivos, modalidades e regramentos no que concerne os procedimentos licitatórios.

O chamado Terceiro Setor forma hoje um campo abrangente de um conjunto de entidades com diversas designações, tais instituições podem ou não ter relações ou contratos com o poder público, porém, partilham em comum algumas características, como constituírem pessoas jurídicas de direito privado; não são criadas e nem executam serviços públicos delegados pelo Estado; podem ter vínculos (a exemplo de convênios, termos de parceria e contratos de gestão) e receber recursos ou incentivos do poder público; não são entidades governamentais, portanto, essencialmente privadas. Tais entidades tem se destacado no contexto atual a partir do trabalho com políticas sociais,

funcionamento como instituições responsáveis por promover ações e direitos sociais em caráter complementar a atuação não exclusiva do Estado.

No que diz respeito as entidades de Terceiro Setor na relação com Administração Pública, quando acontece o uso de recursos do Estado, observamos que ela ocorre por meio de instrumentos jurídicos específicos, sendo eles: o termo de colaboração (proposta elaborada pela Administração Pública), o termo de fomento (parceria proposta por entidade privada), contrato de gestão e termo de parceria. Contudo, qualquer que seja o tipo de instrumento aplicado a legislação reza que deve ser realizado de maneira obrigatória o processo de chamamento público e observado os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Quanto ao questionamento da exigibilidade ou não do procedimento licitatório para as entidades de Terceiro Setor, constatou com a pesquisa bibliografia que tais organizações podem atuar com mais flexibilidade, já que não devem obrigatoriamente ser enquadradas a Leide Licitações, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal em resposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923/DF e do Tribunal de Contas da União em julgamento TC 029.423/2013-9. Ademais, vale ressaltar a necessidade da prestação de conta dos recursos recebidos e o papel fiscalizador dos órgãos de controle internos e externos.

Embora para o Terceiro Setor ocorra a inexigibilidade de licitar, o recebimento de recursos públicos pelas entidades implica na ação de fiscalização pelos mecanismos de controle interno, e externo, previstos no ordenamento jurídico. Os instrumentos de controle interno podem ser constituídos pela fiscalização do órgão concedente ou pelo Conselho Fiscal da entidade quando criado. Por outro lado, existem os dispositivos e instituições de controle externo, que compreendem: Tribunais de Contas, Poder Legislativo, Ministério Público e o controle social que pode ser exercido por qualquer cidadão por meio da representação de denúncia de irregularidades ou pela participação popular de pessoa qualificada no conselho fiscalizador da entidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Carlos Carneiro de. **Terceiro setor: história e gestão das organizações**. São Paulo. Summus Editorial, 2006.

ALMEIDA, Murilo Bernardes de. **Contratos de gestão conceito, origem, natureza jurídica, objetivos e característica**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33672/contratos-de-gestao#:~:text=Contratos%20de%20gest%C3%A3o%20s%C3%A3o%20importante,indireta%2C%20como%20com%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20sociais.>

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos:** teoria e jurisprudência. Senado Federal. Brasília, 2017.

ANDRADE, Renato. **Serviço Social, Gestão e Terceiro Setor:** dilemas nas políticas sociais. São Paulo: Saraiva, 2015.

Artigo 66 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10725665/artigo-66-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.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. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm

BRASIL. **Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007.** Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12462.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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm

BRASIL. **Portaria Interministerial MF/MP/CGU n. 507/2011.** Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, revoga a Portaria Interministerial nº 127/MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008 e dá outras providências. Disponível em: <https://antigo.plataformamaibrasil.gov.br/legislacao/portarias/portaria-interministerial-n-507-de-24-de-novembro-de-2011>

BRASIL. **Supremo Tribunal de Federal (STF).** Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923.DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>

BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.** Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa

eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

BRASIL. **Advocacia-Geral da União (AGU).** Consultoria-Geral da União. Ementário Jurídico do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos. 3.ed. Brasília: CGU/AGU, 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União - TC 029.423/2013-9.** Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/313454316/2942320139/inteiro-teor-313454451>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Súmula 346. A Administração Pública pode controlar seus próprios atos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo, Atlas, 2015.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família:** totalmente atualizado de acordo com o novo código civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO NETO, Antonio Alves de. Transferências de recursos do orçamento da União para organizações não-governamentais: análise dos procedimentos de concessão e controle. **Revista do TCU.** Brasília. N. 112. p.7-18. Maio/Agosto, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/387>

CARVALHO NETO, Antonio Alves de. **Transferências de recursos do orçamento da união para organizações não-governamentais:** análise dos procedimentos de concessão e controle. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/transferencias-de-recursos-do-orcamento-da-uniao-para-organizacoes-nao-governamentais-analise-dos-procedimentos-de-concessao-e-controle.htm>

Convênios e Termos de Parceria. Disponível em: <https://www.gov.br/turismo/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/convenios-e-termos-de-parceria>

CURVELO, Carmen Lana Pereira. **Terceiro Setor: impacto na adoção IASB/IFRS nas organizações de economia social.** Porto. Universidade Fernando Pessoa, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo, Atlas, 2014.

FALCÃO, E. C. **Terceiro Setor:** Fiscalização das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público pelos Tribunais de Contas. Revista Controle - Doutrina e Artigos, v. 6, n. 2, p. 59-67, 31 dez. 2007.

FARIAS, L. C. de. **Celebração de convênios com o terceiro setor condicionada à capacidade de fiscalização do órgão repassador.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Vol. 34, p. 109-116, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** (livro eletrônico). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Lei 13.934/2019: regulamenta o contrato de desempenho, previsto no § 8º do art. 37 da Constituição Federal Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/12/lei-139342019-regulamenta-o-contrato-de.html>

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1993.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; BRITO, Marina Falcão Lisboa. **A Nova Lei De Licitações No Brasil / A Licitação Diante Das Transições Legislativas.** REPATS. Brasília, v. 5, nº 2, p. 68-98, jul./dez., 2018.

Nova Lei de Licitações é sancionada com vetos. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-04/nova-lei-de-licitacoes-e-sancionada-com-vetos>

Nova Lei de Licitações é sancionada por Bolsonaro com 26 vetos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/lei-licitacoes-sancionada-bolsonaro-26-vetos>

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro setor e o direito administrativo.** Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/33/edicao-1/terceiro-setor-e-o-direito-administrativo>

OLIVEIRA JÚNIOR, José Lupércio Ramos de. **Aspectos jurídicos do termo de parceria firmado entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.** Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52143/aspectos-juridicos-do-termo-de-parceria-firmado-entre-a-administracao-publica-e-as-organizacaoes-da-sociedade-civil-de-interesse-publico>

O Tribunal de Contas da União (TCU), em julgamento TC 029.423/2013-9. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/313454316/2942320139/inteiro-teor-313454451>
Acesso em: 20 de junho de 2021.

PRADO, I. M. C. de A.; CASTRO, T. L. de. O controle do terceiro setor. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 11-33, 2007. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v8i2p11-33.

Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79474>. Acesso em: 26 jun.2021.

SZAZI, Eduardo. (Org.). **Terceiro setor**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA EM EQUIVALÊNCIA COM A PARENTALIDADE BIOLÓGICA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

AUDREY KAREN PRADO PAIXÃO:
Advogada e pós-graduada em Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente trabalho científico tem por finalidade tecer considerações a respeito das inovações legislativas e jurisprudenciais sobre o reconhecimento da multiparentalidade e da parentalidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. A multiparentalidade está cada dia mais presente no cotidiano jurídico, seja por meio de pedidos administrativos, seja por meio de ações judiciais e com igual importância em relação às outras formas de filiação. Pretende-se com o presente trabalho realizar os apontamentos mais relevantes sobre a temática bem como o entendimento dos Tribunais superiores.

Palavras-chave: Multiparentalidade; paternidade/maternidade socioafetiva; filiação; jurisprudência.

ABSTRACT: The present scientific work aims to make considerations about legislative and jurisprudential innovations on the recognition of multiparenthood and socio-affective paternity in the Brazilian legal system. Multiparenthood is increasingly present in legal daily life, either through administrative requests or through lawsuits and with equal importance in relation to other forms of affiliation. It is intended with the present work to make the most relevant notes on the subject as well as the understanding of the higher Courts.

Keywords: Multiparenthood; socio-affective paternity/maternity; affiliation; jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade tecer considerações a respeito das inovações legislativas e jurisprudenciais sobre o reconhecimento da multiparentalidade e da parentalidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três seções. Na primeira seção será discutido sobre o estado de filiação e aos vínculos parentais socioafetivos, na segunda serão tecidos comentários sobre o reconhecimento da multiparentalidade e sobre a equivalência dos vínculos de parentalidade biológica e socioafetiva elencando, para tanto, o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema. Por fim, na terceira seção serão debatidos os efeitos e as repercussões jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia doutrinária, legalista, além da interpretação e leitura realizadas em periódicos, artigos científicos, livros, algumas jurisprudências, entre outros.

Por fim, o objeto deste trabalho científica voltará, ainda que de modo não exaustivo, a realizar uma análise a respeito das modificações e inovações legislativas e jurisprudências que abarcam a temática.

FILIAÇÃO E VÍNCULOS PARENTAIS SOCIOAFETIVOS

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência admitem a existência de três diferentes vínculos de filiação: a Civil ou registral que é feito de acordo com o registro de nascimento; o Biológico baseado no vínculo genético e o Socioafetivo que se fundamenta na afetividade, na convivência, na criação de referencial entre pai e filho.

É possível que tais vínculos existam isolada ou concomitantemente. Por exemplo, um indivíduo poderá ter, ao mesmo tempo, um pai/mãe biológico e um pai/mãe socioafetivo. Assim, em regra, para que seja possível o rompimento desta relação de filiação é preciso que não exista nenhum desses vínculos, seja cível, biológico ou socioafetivo.

Nesse sentido, o art. 1.593 do Código Civil admite o reconhecimento do parentesco de raiz não biológica, além da adoção, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Assim, a paternidade/maternidade socioafetiva é uma forma de parentesco civil. Nesse sentido, conforme aduz o Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 256-CJF: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Nesse sentido, a filiação socioafetiva possui sua base na cláusula geral de tutela da personalidade humana, como um elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança. Esta condição, não raras vezes, é encontrada na história familiar de crianças e adolescentes privados da convivência com os genitores, por meio do acolhimento, que se identificam como filhos de pessoas que delas cuidam e com elas estreitam laços de afeto. Então, sob a ótica do princípio da afetividade surgem novas configurações de filiação. (MACIEL, 2021).

Nesta esteira, segundo a Autora Beatrice Marinho o vínculo entre a criança e os membros da família socioafetiva está atrelado ao convívio fraterno mútuo: [1]

[...] “ser mãe”, “ser pai” ou “ser irmão” é algo que vai muito além de laços consanguíneos. É preciso tempo e disponibilidade. O compartilhar de experiências, a vivência conjunta, o afeto trocado, as demonstrações de carinho e de preocupação, os cuidados e a proteção ofertados contam muitos pontos para que uma pessoa seja assim percebida pela criança e assuma esses papéis de grande importância em sua vida”.

É a partir do entrelaçamento socioafetivo entre os membros que surge o interesse de postular o reconhecimento do estado de pai/mãe ou do filho afetivo, buscando a regularização do registro de nascimento.

Christiano Cassettari ensina que, uma vez comprovada a existência da parentalidade socioafetiva, o filho e o pai/mãe socioafetivos se ligam aos parentes do outro, ganhando avós, irmãos, tios, primos, netos, dentre outros. Além disso, a comprovação desta relação socioafetiva é fato gerador de diversos efeitos jurídicos, tais como os alimentos, sucessórios, previdenciários, entre outros, os quais serão tratados mais adiante em tópicos próprios. [2]

Em razão da ausência de lei específica que regula o tema, a jurisprudência no Resp 1.328.380-MS elencou os requisitos para que se reconheça a filiação socioafetiva.

Para que seja reconhecida a filiação socioafetiva, é necessário que fiquem demonstradas duas circunstâncias bem definidas (STJ. 3ª Turma. REsp 1.328.380-MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/10/2014).

- a) vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo de ser reconhecido(a), voluntária e juridicamente, como tal (demonstração de carinho, afeto, amor); e
- b) configuração da denominada “posse de estado de filho”, compreendida pela doutrina como a presença (não concomitante) de tratamento, de parte à parte, como pai/mãe e filho; nome (a pessoa traz consigo o nome do apontado pai/mãe); e fama (reconhecimento pela família e pela comunidade de relação de filiação), que naturalmente deve apresentar-se de forma sólida e duradoura.

Já com relação a natureza jurídica do vínculo socioafetivo, por ser uma situação fática que se constitui pela notoriedade e continuidade na relação, a decisão que reconhece a posse do estado de filho possui natureza declaratória, o que difere daquela proferida em caso de adoção, pois esta sempre detém natureza constitutiva.

Um ponto tormentoso e de debate nos Tribunais é a possibilidade ou não de desconstituição da filiação socioafetiva. O Superior Tribunal de Justiça vem concedendo prevalência à parentalidade afetiva, ainda que despida de ascendência genética, no entanto, para isso exige que estejam presentes os pressupostos da posse do estado filial e tenha se originado de decisão espontânea do pai ou da mãe, com arrimo na boa-fé e na existência de uma relação duradoura de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito.

Por oportuno, para fins didáticos apresenta-se um julgado em que o STJ afastou o reconhecimento do vínculo afetivo entre os supostos pais registrais e a criança em razão do reduzido espaço de tempo de convívio. Observe

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. 'ADOÇÃO À BRASILEIRA'. ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DO MENOR COM OS SUPOSTOS PAIS REGISTRALIS. CONVÍVIO DE CURTO ESPAÇO DE TEMPO (TRÊS MESES). DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Corte estadual, à luz do caso concreto, consignou ser inviável mitigar as exigências relativas à adoção, ante a ausência de vínculo afetivo suficiente entre as partes. **Concluiu, ainda, que o convívio do menor com os supostos pais registrais por reduzido lapso de tempo não permitiu que se solidificassem os laços afetivos criados entre a criança e o casal, razão pela qual determinou a manutenção do acolhimento institucional do infante.** [...]3. Esta Corte Superior de Justiça, em recentes julgados das Turmas que compõem a Segunda Seção, nas hipóteses de destituição de poder familiar nos casos de 'adoção à brasileira', manifesta-se no sentido de que o convívio do adotando com os supostos pais registrais por reduzido lapso de tempo afasta ou enfraquece, significativamente, a configuração do vínculo socioafetivo porventura existente entre eles. 4. O Tribunal a quo consignou que é nítido que a criança foi colocada em situação de risco e que às partes foi assegurado o devido processo legal, elementos que, entre outros, formaram a base para decisão no que tange à destituição do poder familiar. A modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável

em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 5. Agravo interno desprovido” (STJ, AgInt no REsp 1774015/SC, 2018/0270473-4, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 11-2-2020).**(grifos nossos)**

De outro giro, há diversos julgados que reconhecem a existência da filiação socioafetiva e mais, há o reconhecimento da multiparentalidade, quando há a concomitância de pais biológicos e registrais em face do mesmo filho, conforme será desenvolvido a seguir.

2.O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E DA EQUIVALÊNCIA ENTRE OS VÍNCULOS DE PARENTALIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

A multiparentalidade já é uma realidade em nossa sociedade e é amplamente aceito pelos mais diversos tribunais. Registros de nascimento com mais de um pai ou mais de uma mãe são permitidos, tudo com base no melhor interesse da criança e do adolescente e na efetiva comprovação da existência de afeto entre o filho e seus diversos pais e mães.

O reconhecimento da multiparentalidade pela doutrina e pelos tribunais nada mais é do que o reconhecimento pelo Direito das novas modalidades de família (pluralidade de famílias) existentes na contemporaneidade.

E em razão da semelhança que se busca criar entre a família natural e adotiva, surge o questionamento se seria cabível a multiparentalidade na adoção.

E para responder ao questionamento a Autora Kátia Maciel aduz que os primeiros casos de multiparentalidade ocorreram em situações em que se descobriu que o pai registral não era o pai biológico e quando da ação de anulação de registro e reconhecimento de paternidade foi verificado que o filho mantinha laços de afeto com ambos os pais e estes, em acordo, entenderam que o melhor seria manter o nome do pai registral e acrescentar o do pai biológico, pois isso atenderia ao melhor interesse da criança. (MACIEL, 2021).

Segundo a Autora, trazendo-se estas figuras para o instituto da adoção, podemos afirmar que há grande semelhança entre elas e não há nenhuma incompatibilidade entre o reconhecimento da multiparentalidade e o instituto da adoção. No entanto, para que isso se torne possível é necessário que haja vínculo de afeto entre a criança/adolescente e os pais biológicos e uma convivência pacífica e amistosa entre os pais adotivos e os biológicos, havendo de ser fixadas regras de guarda e visitação, sendo certo que a guarda,

para que haja uma lógica na existência da adoção, deve ser unilateral para os pais adotivos. (MACIEL, 2021).

A multiparentalidade também já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral, no julgamento do REExt n. 898.060/SC, tendo sido reconhecida a possibilidade da filiação biológica concomitante à socioafetiva, por meio de tese assim firmada:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

STF. Plenário. RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21 e 22/09/2016 (Info 840).

Segundo o Supremo, não se pode admitir que a ausência de lei dispendo sobre a multiparentalidade impeça o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Importante ressaltar, ainda, que a filiação socioafetiva também pode ser reconhecida nos casos de adoção à brasileira, a qual se configura quando uma pessoa declara, para fins de registro civil, um menor como sendo seu filho biológico, sem que isso seja verdade.

Ademais, não se deve admitir que na certidão de nascimento conste o termo "pai socioafetivo", bem como não é possível afastar a possibilidade de efeitos patrimoniais e sucessórios quando reconhecida a multiparentalidade.

Para a observância dessas normas foi editado o Provimento n. 63/17 do CNJ, que institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, a serem adotados pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e da maternidade socioafetivas, de modo que não é permitido utilizar nenhuma distinção de nomenclatura quanto à origem da paternidade ou da maternidade na certidão de nascimento – se biológica ou socioafetiva.

Em 2019, o provimento sofreu alteração e, em resumo, o provimento autoriza o registro da filiação socioafetiva na via extrajudicial apenas para pessoas acima de 12 anos de idade; o registrador atestará a existência da afetividade de forma objetiva, por todos os meios em direito permitidos, inclusive por intermédio de documentos e outros elementos concretos que possam demonstrar que o vínculo socioafetivo é estável, duradouro e público; os registros dependerão de parecer favorável do Ministério Público, podendo os casos com parecer contrário utilizar a via judicial; somente é possível a inclusão de um ascendente socioafetivo pela via extrajudicial (seja do lado paterno ou materno), e a

eventual pretensão de inclusão de um segundo ascendente socioafetivo só poderá ser apreciada judicialmente.

Ressalte-se também que a possibilidade de cumulação da parentalidade socioafetiva com a biológica contempla especialmente o princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, da CF), sendo expressamente vedado qualquer tipo de discriminação e, portanto, de hierarquia entre eles, consoante os arts. 1.596 do CC/2002 e 20 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), entendimento esse também corroborado pela jurisprudência.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO. PAI BIOLÓGICO. PAI SOCIOAFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer, em sede de repercussão geral, a possibilidade da multiparentalidade, fixou a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (RE 898060, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017). 2. A possibilidade de cumulação da paternidade socioafetiva com a biológica contempla especialmente o princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, da CF). Isso porque conferir "status" diferenciado entre o genitor biológico e o socioafetivo é, por consequência, conceber um tratamento desigual entre os filhos. [...]. **4. Recurso especial provido para reconhecer a equivalência de tratamento e dos efeitos jurídicos entre as paternidades biológica e socioafetiva na hipótese de multiparentalidade. (grifos nossos).**

3.EFEITOS E REPERCUSSÕES JURIDICAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Inicialmente, tem-se que o reconhecimento da multiparentalidade dotado de natureza declaratória possui diversos efeitos jurídicos e que em regra são permanentes, tais como os efeitos patrimoniais e sucessórios, alimentícios, de guarda, entre outros.

Do reconhecimento da multiparentalidade decorrem os efeitos sucessórios, conforme dispõe os Enunciados 632 e 642 da VIII Jornada de Direito Civil — CJF/STJ:

Enunciado 632: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.

Enunciado 642: Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

Ademais, as questões relacionadas a alimentos também sofre os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho [3] pode haver dois pais no polo passivo, o pai biológico e o registral. Deste modo, quando da fixação da pensão alimentícia, com a observância dos princípios da proporcionalidade e o binômio necessidade x capacidade será levado em conta as condições dos dois legitimados passivos.

As questões relacionadas ao direito de guarda e visitação também seguem a mesma regra para os casos de vínculos biológicos e por adoção previstas no Código Civil.

Já no que se refere à anulação do registro de paternidade, o STJ – Superior Tribunal de Justiça, em junho de 2021, no julgamento do Resp 1829093-PR que elencou os requisitos necessários para a anulação do registro, quais sejam: a prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto e a inexistência de relação socioafetiva entre pai e filho. Ou seja, atualmente, ainda que o pai registrado como “biológico” não seja efetivamente o pai genético da criança se tiver sido firmado vínculo de afetividade não é possível anular o registro, em prestígio a relação socioafetiva formada.

O primeiro requisito está relacionado ao induzimento ao erro ou coação no momento do registro. No entanto, o STJ entende que não é qualquer erro que justifica a desconstituição do registro, uma vez que esse tem valor absoluto, desse modo são necessárias provas robustas de que, no momento do registro houve erro escusável por parte do pai que fez o reconhecimento voluntário da paternidade. É o que se extrai do art. 1.604 do Código Civil:

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Se o erro decorreu de mera negligência de quem registrou, o registro não será anulado.

Ademais, para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. Assim, no momento do registro, o pai registral deveria acreditar fielmente ser o verdadeiro pai biológico da criança. A existência de dúvidas sobre a origem da paternidade da criança elimina a existência de erro escusável.

Nas palavras da Ministra Nancy: “Em processos relacionados ao direito de filiação, é necessário que o julgador aprecie as controvérsias com prudência, para que o Poder Judiciário não venha a prejudicar a criança pelo mero capricho de um adulto que, livremente, o reconheceu como filho em ato público, e posteriormente, por motivo vil pretende ‘livrar-se do peso da paternidade’.”

Ainda, segundo a Ministra, o maior fundamento para a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. [4]

Já o segundo requisito está ligado a inexistência de relação socioafetiva entre pai e filho registrado, assim para que a ação negatória de paternidade seja julgada procedente, não basta apenas que o DNA prove que o “pai registral” não é o “pai biológico”.

O êxito da ação negatória de paternidade depende da demonstração da inexistência de origem biológica E não ter sido construída uma relação socioafetiva entre pai e filho registrais. Pois, a filiação socioafetiva trata-se de um fenômeno social e apesar de não ter previsão legal, é amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência, buscando-se reconhecer os vínculos de afetividade criados entre a figura de pai e filho.

Desse modo, a jurisprudência entende que a mera comprovação da inexistência de paternidade biológica através do exame do DNA não é suficiente para desconstituir a relação socioafetiva criada entre os indivíduos.

Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Resp 1.059.214-RS, a filiação deve ser entendida como elemento fundamental da identidade do ser humano, da própria dignidade humana. O nosso ordenamento jurídico acolheu a filiação socioafetiva como verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Assim, segundo o jurista, para que a ação negatória de paternidade seja julgada procedente, não basta apenas que o DNA prove que o “pai registral” não é o “pai biológico”. É necessário também que fique provado que o “pai registral” nunca foi um “pai

socioafetivo”, ou seja, que nunca foi construída uma relação socioafetiva entre pai e filho. (STJ. 4ª Turma. REsp 1.059.214-RS, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012).

Corroborando esse entendimento, recentemente em Maio/2022, o Ministro RICARDO VILLAS BÔAS, no julgamento do REsp 1.867.308/MT aduziu que o exame de paternidade negativo não é suficiente, por si só, para desconstituir a paternidade socioafetiva que, para além da paternidade biológica, fica caracterizada pelas demonstrações afetivas conferidas em vida pelo falecido ao menor, sem prejuízo do reconhecimento do pai biológico, em respeito ao instituto da multiparentalidade. (STJ. 3ª Turma. REsp 1.867.308/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/05/2022)

De outro giro, uma vez comprovado o erro escusável, bem como o induzimento a erro no momento de registrar a criança, o pai registral que não é pai biológico poderá contestar a paternidade, pedindo a retificação do registro (arts. 1.601 e 1.604 do CC), pois segundo o STJ não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira.

Além disso, exige-se também que para que o o registro seja desconstituído é necessário que o pai registral enganado, tão logo ele tenha conhecimento da verdade ele se afaste do suposto filho, rompendo imediatamente o vínculo afetivo.

Pois, segundo o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do Resp 1330404-RS se o pai registral enganado, mesmo após o descobrimento da verdade, ainda manteve vínculos afetivos com o filho registral, neste caso ele não mais poderá desconstituir a paternidade. (STJ. 3ª Turma. REsp 1330404-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 5/2/2015 (Info 555).

Por fim, é possível o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva *post mortem* do genitor, ou seja, mesmo após a morte do suposto pai/mãe socioafetivo. Em outras palavras, é possível que o suposto filho ingresse com ação pedindo para ser reconhecido como filho socioafetivo do pai ou mãe que já faleceu.

E para que haja o reconhecimento da paternidade ou maternidade é necessário o consentimento do suposto filho apenas se for maior de 18 anos, para menores de 18 anos não precisa do consentimento, mas este depois que completar a maioridade terá o prazo de até 4 anos para questionar esse reconhecimento.

É o que determina o Código Civil:

Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

CONCLUSÃO

Na conclusão do presente trabalho percebe-se a importância na vida social, emocional dos jurisdicionados e também na sociedade do reconhecimento pelos Tribunais superiores e pela doutrina do instituto da Multiparentalidade e da Paternidade/Maternidade socioafetiva.

Atenta-se que o direito a multiparentalidade e a parentalidade socioafetiva estão interligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e na proteção dos modelos de família contemporâneos.

É dado tratamento equânime entre a parentalidade biológica e a socioafetiva pelo ordenamento jurídicos implicando nos mais diversos efeitos, tais como sucessório, patrimonial, alimentício, guarda e visitação, entre outros.

É notório também que traria mais segurança jurídica caso o tema fosse objeto de lei formal em sentido estrito a fim de evitar a judicialização excessiva por falta de previsão legal, quando então o Poder Judiciário é chamado para solucionar.

No entanto, essa ausência não impede que o instituto seja amplamente reconhecido pelos Tribunais Superiores do país e tenha assegurada a sua proteção com base nos princípios constitucionais e nas normas infra legais.

Portanto, atualmente é amplamente aceito a multiparentalidade e a parentalidade socioafetiva podendo ocorrer inclusive em âmbito administrativo e é expressamente vedado a pratica de atitudes discriminatórias ou desiguais em relação aos outros modelos de filiados existentes no ordenamento jurídico, bem como aos filhos, em prestígio ao princípio da igualdade entre a prole previsto constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/09/2022.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 10/09/2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555592726. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592726/>. Acesso em: 14 set. 2022.

[1] PAULO, Beatrice Marinho. **Família: uma relação socioafetiva**. In: **Psicologia na prática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

[2] CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28. Para o autor (fls. 234 e 235):

[3] GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família, vol. 6**. Editora Saraiva, 2019.

[4] Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=128286737®istro_numero=201902228721&peticao_numero=&publicacao_data=20210610&formato=PDF. Acesso em: 10/09/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Reconhecimento de paternidade socioafetiva post mortem**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7501e5d4da87ac39d782741cd794002d>>. Acesso em: 08/09/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Necessidade de consentimento do indivíduo maior de 18 anos para que possa ser reconhecido como filho**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d81f29a9985d0eb4adc0279e79a9ec75>>. Acesso em: 14/09/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É possível a existência de multiparentalidade, existindo equivalência entre os vínculos biológico e socioafetivo**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0996dd16b0020a17a26b94f4675fd3da>>. Acesso em: 14/09/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade jurídica da multiparentalidade (pluriparentalidade ou duplo vínculo de filiação)**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/97788494d0cb9c4ad37af9a76290b361>>. Acesso em: 14/09/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A divergência entre a paternidade biológica e a declarada no registro de nascimento não é apta, por si só, para anular o ato registral, dada a proteção conferida à paternidade socioafetiva**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ce2b9a26bddc32cba5af69372ee14c00>>. Acesso em: 14/09/2022

O PAPEL DAS CORTES SUPERIORES NA CONQUISTA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ NO BRASIL

ANA LAURA BAIOCCHI DE SOUZA PARREIRA:
Advogada especialista em Direito Público.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a evolução dos direitos da população LGBTQIA+ por meio da pesquisa das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em razão da inércia do Poder Legislativo a respeito da temática.

Palavras-chave: população LGBTQIA+. Evolução. Direitos. Jurisprudência.

Sumário: 1. Introdução. 2. A mutação legislativa a partir da interpretação conforme à Constituição. 3. As decisões das Cortes Superiores a respeito dos direitos da população LGBTQIA+. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

É sabido que a temática LGBTQIA+ vem sendo analisada pelas Cortes Superiores de nosso país e que as decisões são amplamente discutidas e polemizadas. Isso se dá justamente pela mora legislativa em definir políticas públicas voltadas aos problemas enfrentados por essa minoria no dia a dia. Cabe ressaltar que, sob um argumento político e ideológico, muitas propostas sequer são analisadas nas casas legislativas, gerando grande insegurança jurídica ao grupo, que não possui uma normativa de temática específica que busca a proteção de seus direitos. Dessa forma, observa-se a necessidade de se utilizar de técnicas de julgamento capazes de salvaguardar os direitos dessa comunidade.

2. A MUTAÇÃO LEGISLATIVA A PARTIR DA INTEPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Inicialmente cabe ressaltar o significado de mutação constitucional. Na mutação constitucional, diferente da reforma constitucional, não há modificação do texto constitucional, mas sim no sentido interpretativo da norma. Sendo assim, ao utilizar desse instituto, o intérprete mantém o texto íntegro e inalterado, apenas aproveitando-se de mecanismos que permitam que a norma seja lida de acordo com a realidade social do momento de sua interpretação.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso ressalta que, para ser legítima, a mutação deve ter um alicerce democrático, correspondendo a uma demanda social efetiva por parte da coletividade.

A mutação pode-se dar por diversos mecanismos, como interpretação judicial ou administrativa, pelo costume ou pelo próprio legislador, a partir de atos normativos que conduzam a interpretação a um sentido específico.

Considerando o objeto do presente artigo, daremos ênfase à interpretação judicial. Para tanto, BARROSO (2019) define que as Supremas Cortes possuem três papéis a serem desempenhados nas democracias constitucionais contemporâneas.

O primeiro se trata do papel contramajoritário, que trata da possibilidade de juízes de Cortes Superiores, que não receberam voto popular, podem sobrepor sua interpretação da Constituição a que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática, visando: a proteção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Isso se dá pela possibilidade de se defender os seguimentos minoritários que não foram representados pelos membros do parlamento.

O segundo é o papel representativo, que define que na maior parte das vezes, embora eleitos pelo povo, as decisões dos membros do Legislativo não representam a vontade da maioria, e essa crise de representatividade é resolvida pelas Supremas Cortes. Isso é possível considerando que seus membros possuem qualificação técnica dos julgadores, sua independência funcional é garantida por meio da vitaliciedade, pela inércia jurisdicional e pela motivação das decisões judiciais.

E por fim, as Supremas Cortes também possuem o papel iluminista que, segundo o Min. Barroso, deve ser utilizado com parcimônia, eis que trata de decisões que não correspondem à vontade do Congresso Nacional, nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas que é vista como correta por refletir direitos que envolvem minorias na sociedade, como é o caso da população LGBTQIA+.

3. AS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES A RESPEITO DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+

Na Constituição Federal temos como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Ainda, além da igualdade (caput) e proibição de tratamentos degradantes (inciso III), o art. 5º possui o mandado de criminalização de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI).

A partir desses direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos, alguns avanços foram alcançados pela população LGBTQIA+.

Em 2011 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 132, cuja matéria analisava a possibilidade de casamento e união estável de casais homoafetivos. Nesse emblemático julgado, o STF entendeu que a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo (art. 3º, IV, da CF) vai além da dicotomia homem/mulher (gênero), abrangendo a orientação sexual de cada indivíduo.

Além disso, a Suprema Corte entendeu que a dignidade da pessoa humana deve abranger o direito à preferência sexual, em razão da autonomia da vontade das pessoas.

O STF decidiu ainda, que *"a Constituição de 1988 ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica"*.

No tocante à questão principal, objeto do julgado, a união estável de casais homoafetivos, o art. 226, §3º, da CF, não pode ser interpretado de forma a excluir casais não compostos por "homem e mulher", em razão justamente da violação ao direito da igualdade e à autodeterminação.

Assim, decidiu-se que o art. 1.723 do Código Civil deveria ser interpretado conforme à Constituição Federal, de modo a excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Como efeito desse julgamento, a Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ obrigou cartórios de todo o país a celebrarem o casamento civil e a conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, fazendo valer, na prática, o reconhecimento dessas famílias pelo STF.

Seguindo fundamentação semelhante, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 889.852/RS em 27/04/2010, entendeu pela possibilidade de se reconhecer a adoção por casais homoafetivos³³⁹, devendo-se analisar nesses casos somente o preenchimento dos requisitos previstos no ECA, bem como o cumprimento do princípio do maior interesse do adotando.

339 Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22889852%22%29+ou+%28RESP+adj+%22889852%22%29.suce>.

Na temática filiação, verifica-se que em 2017 foi elaborado pelo CNJ o provimento nº 63 acerca do registro de certidões de filhos havidos por reprodução assistida. Segundo o art. 16, "*o assento de nascimento será inscrito no Livro independentemente de independentemente de prévia autorização judicial, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento*". E mais, "*no caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna*".

O provimento ainda define que "*na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação*".

Outra grande conquista da população LGBTQIA+, fundamentada no direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, foi a possibilidade de alteração do prenome e do sexo no registro civil de modo administrativo ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, bastando a autoidentificação firmada em declaração escrita³⁴⁰.

Por outro lado, cabe ressaltar que no ano de 2020 o STF realizou o julgamento de duas temáticas muito importantes para a minoria LGBTQIA+.

A primeira, na ADI 5543, a respeito da proibição de doação de sangue por pessoas homossexuais³⁴¹. Nesse julgado, o STF entendeu que a referida proibição se trata de discriminação por orientação sexual, violadora da dignidade humana e do direito à igualdade o estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco.

Segundo a ementa, "*orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim*" e "*a restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a*

340 ADI 4275 - Relator(a): Min. Marco Aurelio – Julgamento em 01/03/2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204275%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

341 Supremo Tribunal Federal. ADI 5543. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 11/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%20%205543&sort=_score&sortBy=desc

sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue".

Assim, foi decidido que a vedação presente no art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária é inconstitucional, viola a igualdade, impactando desproporcionalmente sobre homens homossexuais e bissexuais, subjugando-os, sem identificar as condutas que são verdadeiramente arriscadas.

Trazemos, ainda, talvez o entendimento mais comentado do ano de 2020. No julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733, decidiu-se aplicar a Lei 7.716/89 às condutas de homofobia e transfobia, a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a mora e omissão legislativa em punir as condutas criminosas de discriminação contra homossexuais e transexuais sinaliza uma verdadeira tolerância a violência sofrida por esses grupos identitários.

Trata-se de uma decisão destinada a implementar os mandados de criminalização presentes no art. 5º, XLI e XLII, da CF. Por isso, para o Pleno, não se trata de analogia, mas de aplicação da técnica constitucional hermenêutica de interpretação conforma a Constituição.

Além disso, considerou-se que o conceito de racismo possui várias dimensões, sendo utilizada pelo STF a dimensão social, que se projeta para além de aspectos fenotípicos ou biológicos, utilizando-se de uma manifestação de poder construída de forma hegemônica histórico-cultural, com o objetivo de aumentar a desigualdade e a dominação política de grupos vulneráveis.

Apesar de muito criticada pelos agentes do Direito, entendemos como acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal, considerado justamente os papéis contramajoritário, representativo e iluminista das Supremas Cortes, na defesa de direitos que são ignorados pelas forças políticas presentes no Poder Legislativo.

Por fim, é preciso ressaltar o entendimento firmado no julgamento da ADPF 527 MC/DF342. O objeto principal da ação refere-se às decisões conflitantes acerca do

342 Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC / DF. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 18/03/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20527%22&base=deciso es&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&ageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

conteúdo e alcance dos art. 3º, §§1º e 2º, e art. 4º, caput e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n 11 de 14/04/2014, que estabeleceu parâmetros de acolhimento da população LGBTQIA+ submetida à segregação em estabelecimentos prisionais.

Nesse sentido, o Ministro Luis Roberto Barroso ajustou os termos de cautelar concedida anteriormente na ação, para outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por a cumprir a pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta sua segurança.

Além de fundamentar nos princípios de Yogyakarta, o Relator entendeu que tal determinação vai ao encontro (i) do princípio da dignidade humana (ii) do direito à não discriminação em razão da identidade de gênero ou em razão da orientação sexual, (iii) do direito à vida e à integridade física, (iv) do direito à saúde, (v) da vedação à tortura e ao tratamento desumano ou cruel e (vi) da cláusula de abertura da Constituição de 1988 ao Direito Internacional dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Não pairam dúvidas sobre os importantes avanços conquistados pela população LGBTQIA+ nos últimos anos. Porém, deve ser sinalizada a preocupação ante a evolução somente realizada pelo Poder Judiciário, ao reprimir condutas discriminatórias em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais de grupos minoritários devem ser matéria de atenção de todos os agentes públicos, na elaboração de leis e políticas que visem solucionar de forma efetiva toda a violência e intolerância sofrida por esse grupo.

Com efeito, devemos enquanto sociedade buscar a garantia efetiva desses direitos de forma específica, em razão das demandas inerentes da comunidade LGBTQIA+, sob pena de sermos tolerantes com a supressão rotineira de aspectos intrínsecos de uma vida com dignidade.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Os três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set.-dez., 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em 08/2022.

REIS, T., org. **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>. Acesso em 08/2022

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO PENAL

ALINE ROCHA RIBEIRO:
Bacharela em Direito.

RESUMO: É certa e inquestionável a evolução dos meios de comunicação e a importância destes na sociedade atual. No entanto, o avanço tecnológico possui também malefícios como consequência. O presente trabalho possui como objetivo verificar a influência da mídia no direito penal, além de investigar os seus efeitos negativos nas decisões judiciais. Para isso, foi abordado o tema da expansão penal, a fim de analisar o fenômeno da criação de diversos tipos penais ao longo do tempo, aliado à crença do sistema penal como principal forma de combate à criminalidade. Além do mais, aponta a necessidade da efetiva aplicação do garantismo penal, objetivando assegurar a preservação dos direitos inerentes ao ser humano.

Palavras-chave: Expansão penal. Sociedade de risco. Direito penal do inimigo. Garantismo penal. Influência midiática.

ABSTRACT: The evolution of means of communication and its importance in modern day society is indubitable and unquestionable. However, the technological improvements have also come accompanied by malicious and dire consequences. The present study aims to assess media influence in criminal law and, moreover, to investigate the negative effects it may bring to judicial decrees. In order to do so, the issue of criminal expansion was addressed in order to analyze the phenomenon of criminal typology augmentation over time, allied to the belief of a punitive criminal system as the main way of combating crime. Furthermore, it points out the need of the effective application of criminal guaranteeism, in order to ensure the preservation of basic rights inherent to human beings.

Keywords: Criminal expansion. Risky society. Enemy Criminal Law. Criminal Guaranteeism. Media influence.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada por grandes desenvolvimentos e transformações, devido ao avanço da tecnologia, o progresso do conhecimento e a globalização. Tais mudanças propiciaram uma grande alteração na forma com que os indivíduos se comunicam, sendo que, nos moldes atuais, as informações são disponibilizadas de forma imediata, o que possibilita à população um grande acesso aos acontecimentos.

A criação de uma norma jurídica possui íntima ligação com o comportamento de uma sociedade. Nesse sentido, é possível notar a necessidade da criação de uma tipificação a partir das condutas realizadas pelos cidadãos. Dessa forma, com a evolução da sociedade, se entende necessário que novas normas sejam criadas, tendo em vista que o comportamento social sofre alterações.

Assim, verifica-se que se tornou necessário ao Estado tutelar novos comportamentos, a fim de garantir a segurança e harmonia social. O acesso à informação, ou seja, a propagação de notícias, é um direito fundamental, previsto no artigo 5º inciso XIV da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o dispositivo legal: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Além disso, é assegurado pela Constituição Federal o direito a liberdade de imprensa. O artigo 220, §1º da Carta Magna dispõe que: "nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV".

Apesar da significativa importância dos meios de comunicação social atualmente, que fornece ao público o acesso a informação e auxilia a democracia, tendo em vista que fornece os instrumentos necessários para que a sociedade se informe sobre os acontecimentos no âmbito mundial, além de evitar o arbitramento público, as inovações tecnológicas possuem também seus pontos negativos.

Na ânsia de se adquirir maior capital, a mídia utiliza dos seus instrumentos para explorar a criminalidade, tendo em vista que esta é considerada atrativa pelo público e, assim, manipula informações, selecionando apenas as notícias mais lucrativas. Dessa forma, a criminalidade passa a ser vista como uma forma rentável, o que faz com que a mesma seja tratada de forma displicente pelos veículos de comunicação, que muitas vezes não possuem total compromisso com a verdade.

O enfoque da mídia nos crimes e nas suas sanções tem como consequência a crença do público no poder punitivo do Estado. Assim, passa-se a acreditar que o sistema prisional é o principal instrumento de controle social. Com essa visão, a população ignora as demais medidas possíveis de aplicação, como políticas sociais, educação, distribuição de renda, além de, até mesmo, a aplicação de outros âmbitos do direito.

Além do mais, a cobrança do público pela aplicação de medidas imediatas no combate à criminalidade muitas vezes influencia nas decisões judiciais, principalmente naquelas em que há o clamor público e repercussão social. Dessa forma, o presente trabalho propõe analisar a influência midiática nas decisões judiciais, e quais são as suas consequências no plano social.

2. EXPANSÃO PENAL

Neste primeiro capítulo do presente estudo, trataremos acerca do processo de expansão do Direito Penal. Dar-se-á enfoque aos fenômenos da “Sociedade de Risco” e “Direito Penal do Inimigo”, em seus âmbitos teóricos e suas consequências fáticas.

2.1. Contexto Histórico

A fim de proteger os bens jurídicos essenciais à tranquilidade social, o Estado está autorizado a interferir na liberdade individual, a partir do direito penal. No entanto, tal interferência deve ocorrer apenas em *ultima ratio*³⁴³. Isso quer dizer que a privação à liberdade individual deve ser aplicada apenas como última alternativa. Assim, verifica-se que quando é possível a aplicação de outros âmbitos do direito, como o direito civil e administrativo, estes instrumentos devem ser utilizados em detrimento ao direito penal. Sobre o tema, alega Nucci³⁴⁴ que:

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual.

Por estar intimamente ligado às relações sociais, o desenvolvimento do direito penal acompanha a evolução da sociedade, e, por esse motivo, sofreu grandes alterações ao longo do tempo, devido à complexidade e a dinâmica da coletividade. Dessa forma, torna-se indispensável a criação de novas normas, tendo em vista que há o reconhecimento da necessidade da proteção de novos bens, como, por exemplo, o meio ambiente. Nesse sentido, nota-se que, com o aumento dos bens jurídicos a serem tutelados, novos tipos penais foram criados, a fim de abarcar todo sistema. Cezar Roberto Bitencourt³⁴⁵, ao

³⁴³ O princípio da *ultima ratio* dispõe que o direito penal só poderá ser aplicado nos casos em que os outros âmbitos do direito não sejam suficientes para proteger a harmonia social. Dessa forma, tal princípio é considerado como uma forma de limitar o poder estatal de punir o indivíduo que transgredir uma norma prevista no ordenamento jurídico.

³⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 61.

³⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (vol. 4). 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237/238.

abordar o tema da criminalidade moderna, cita os crimes de colarinho branco para analisar o aumento de tipos penais. Segundo o autor:

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se em *criminalidade organizada* – delinqüência econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais -, enfim, *crimes de colarinho branco*. Essa é, em última análise, a *criminalidade moderna* que **exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abando de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos.** (destacou-se)

A expansão do direito penal diz respeito justamente à criação de novos tipos penais ao longo do tempo, a partir do reconhecimento da necessidade da proteção de novos bens jurídicos. No entanto, verifica-se que, com esse processo, o direito penal deixa de ser utilizado como ferramenta de *ultima ratio*, passando a ser considerado principal instrumento de regularização da sociedade. Sobre o tema, alega Ney Moura Teles³⁴⁶ que:

(...) entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve entender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio* regum. Não além disso.

As causas que levaram à expansão do direito penal são diversas, e abrangem acontecimentos de repercussão mundial, como guerras, alterações de formas de governos, além dos avanços tecnológicos³⁴⁷. Além disso, outro importante fator que contribuiu para a expansão do direito penal no momento atual é a administrativização do mesmo, a partir da criação de tipos penais para proteger bens não-individuais, como o meio ambiente. Para alguns autores, a aplicação do direito penal objetivando proteger bens supra individuais fere o princípio da lesividade³⁴⁸, tendo em vista que não há lesão ou perigo de

³⁴⁶ TELES, Ney Moura, in: **Direito Penal: volume um Parte Geral**. Editora de Direito, 1996, p. 39.

³⁴⁷ MIGUEL, Érika Andrade. **A expansão do direito penal**. 2009.

³⁴⁸ O princípio da lesividade diz respeito à obrigatoriedade do direito penal somente punir atos que estão tipificados no ordenamento jurídico.

dano que justificasse a aplicação do direito penal. Segundo Silva Sánchez (La expansión, p. 130) ³⁴⁹:

(...) pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais o assumir, em ampla medida, a forma de raciocínio tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de 'administrativização' em que, em nosso juízo, está imerso o direito penal. Isto poderia ser levado ainda mais longe: afirmando não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de problemas sociais.

2.2. Sociedade de risco

A sociedade de risco é uma teoria criada pelo alemão Ulrich Beck, no seu livro intitulado "Sociedade do Risco" ³⁵⁰. Em sua obra, o sociólogo analisa o comportamento humano, e estuda os riscos existentes na sociedade em três momentos distintos, bem como seus desdobramentos. Primeiramente, defende que permeava na sociedade o risco pessoal. Após, passou-se a existir o risco coletivo, na sociedade moderna, como, por exemplo, a propagação de epidemias. Em um terceiro momento, Beck argumenta que paira na sociedade o risco coletivo, gerado pela produção industrial.

O autor defende que a modernidade é marcada por uma ruptura, em que deixa de ser considerada industrial e passa a ser conhecida como modernidade reflexiva. Nesse diapasão, defende que, na sociedade de reflexiva, devido à grande inovação tecnológica, ocorreu o aumento significativo da desigualdade social, que é agravada pela globalização. Além do mais, o autor afirma que os riscos existentes na sociedade na modernidade reflexiva não são individuais, como, por exemplo, o acidente de Chernobyl, a contaminação de rios e mares, a formação da camada de ozônio, dentre outras.

Além disso, segundo o autor, o progresso tecnológico, juntamente com seus diversos benefícios, teve também como consequência a evolução dos meios de comunicação, que causa insegurança à sociedade no momento em que a mídia passa a possuir grande influência sobre as opiniões dos indivíduos, através de informações repassadas de forma imediata, que nem sempre são verídicas.

³⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ. **La expansión**. p. 141

³⁵⁰ BECK, U. **La sociedad del riesgo**, Barcelona, 1998.

Nesse contexto, verifica-se que os riscos da coletividade sofreram grande aumento, podendo citar, por exemplo, o crescimento do crime organizado, a contaminação do meio ambiente, dentre outros. Assim, é possível perceber que os bens jurídicos a serem tutelados, como já exposto anteriormente, sofreram grande aumento, o que resulta, consequentemente, na expansão do direito penal.

2.3. Direito penal do inimigo

Para combater a criminalidade, a tese criada pelo alemão Gunther Jakobs³⁵¹ defende a criação de normas mais gravosas, a partir do cerceamento dos direitos inerentes ao ser humano, visualizando o transgressor não como um indivíduo possuidor de direitos e garantias fundamentais, mas como um inimigo. Devem ser considerados inimigos os “criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas” (2007, p. 39).

Nesse sentido, o modelo do direito penal do inimigo faz uma distinção entre cidadãos e inimigos. Segundo o teórico, a pena só deve ser aplicada ao cidadão, que, por algum descuido, comete uma transgressão, podendo ser ressocializado após o cumprimento da pena. Já o inimigo, é considerado o indivíduo transgressor que não se adapta ao comportamento exigido pela sociedade, não oferecendo garantias de que poderá ser reintegrado ao convívio social e se manter leal aos dispositivos legais. Jakobs lista certos tipos de delitos que são cometidos por inimigos, como os crimes sexuais, terroristas, criminosos econômicos entre outras infrações consideradas de maior potencial ofensivo. Sobre o tema, alega Larizzatti³⁵²:

O direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigilância da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos. O direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor. O direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente. O direito penal do cidadão é essencialmente repressivo; o direito penal do inimigo, essencialmente preventivo. O direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal

³⁵¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e críticas. 2ª Edição. Editora Livraria do Advogado. 2007. p. 39.

³⁵² LARIZZATTI, Rodrigo Pereira. **As Organizações Criminosas e o “Direito Penal Do Inimigo”**. Brasília, 2009. p. 17.

do perigo). Enfim, o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito.

Dessa forma, o autor defende que seria necessária, como medida de segurança, a privação dos direitos de tais indivíduos, tendo em vista que estes não interagem com as sanções estabelecidas para os cidadãos, não sendo possível a sua reinserção social. Argumenta Luiz Flávio Gomes que ³⁵³:

Admitindo-se como válida essa premissa, de que, na verdade, o que caracteriza o Direito penal do inimigo é o tratamento diferenciado e antiguarantista (e diferenciado pelo déficit de garantias) a que alguns criminosos devem se submeter, talvez seja possível inferir a seguinte conclusão: todos os movimentos punitivistas visam a punir uma determinada clientela de criminosos, mas só se tornam Direito penal do inimigo quando agregam à ânsia punitiva alguma flexibilização das garantias.

O direito penal possui importante atuação no contexto do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que visa assegurar a segurança dos indivíduos, bem como a convivência harmônica na sociedade, a partir da tutela de bens jurídicos. No entanto, é importante ressaltar que a aplicação da pena no sistema penal brasileiro possui também como finalidade a ressocialização do indivíduo. De acordo com o primeiro artigo da Lei de Execução Penal: “Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” ³⁵⁴.

Nesse sentido, é possível afirmar que é considerada incompatível a aplicação da teoria do inimigo nos dias atuais, tendo em vista que esta defende o tratamento do indivíduo transgressor como inimigo, a partir da redução ou cerceamento dos seus direitos, não viabilizando ferramentas para que haja a reeducação social do preso.

Contudo, os legisladores e magistrados, vivendo em um cenário em que há ausência de políticas efetivas para o combate da criminalidade, e no tormento de fazer justiça, devido à grande pressão midiática, acabam por recorrer às teorias defendidas pelo direito penal do inimigo, por ser uma medida imediata. No entanto, a aplicação do direito penal do inimigo vai contra os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, tendo

³⁵³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal**. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.17.

³⁵⁴ BRASIL. **Lei de execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Diário Oficial da União. (Legislação). 2017.

em vista a negação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano. De acordo com uma pesquisa realizada por Luciana Boiteux ³⁵⁵:

Foi detectada a ausência de justificativa por parte do magistrado para denegar a redução de pena em 36,2% dos casos no Rio de Janeiro e em 39,7% dos processos da capital federal. Porém, o que mais chama a atenção é a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução de penas. No Rio de Janeiro tal situação ocorreu em quase 40% dos casos, enquanto que no Distrito Federal se deu apenas em 6,3% dos processos, ou seja, houve uma diferença significativa entre as cidades. Diante desses dados, tudo indica que um número significativo de pessoas não tiveram sua pena reduzida, pelo fato de alguns juízes terem rejeitado a aplicação da forma privilegiada do parágrafo 4º do artigo 33, o que se considera incompatível com a Constituição, pois o juiz está presumindo a culpabilidade dos réus com base em meras conjecturas.

Além do mais, nota-se que a teoria do direito penal do inimigo é também aplicada nos casos em que se pune um ato meramente preparatório. Como exemplo, pode-se citar a punição da organização criminosa, presente no artigo 288 do Código Penal, que dispõe que ³⁵⁶:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Dessa forma, nota-se a presença da influência midiática, devido à grande insatisfação e indignação quanto à insegurança vivida, na aplicação da teoria do inimigo

³⁵⁵ BOITEUX, Luciana. **Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas**. 2010. p. 20.

³⁵⁶ BRASIL. Código Penal. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

no sistema penal brasileiro, que exige do legislador e dos magistrados efeitos imediatos para a redução da criminalidade. Segundo Carolina Dzimidas Haber ³⁵⁷:

As conseqüências já são conhecidas: apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico o problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca relativização das regras de imputação e dos princípios processuais.

3. GARANTISMO PENAL

No presente capítulo, assim como em seus subcapítulos, tratar-se-á acerca do garantismo penal, em seu conceito, princípios correlatos e aplicabilidade ao judiciário brasileiro.

3.1. Conceito de garantismo penal

O ordenamento jurídico possui a função de organizar e regular a interação social, visando proporcionar segurança aos cidadãos. Nesse sentido surge o direito penal, a fim de criar normas para punir e prevenir as transgressões dos bens jurídicos tutelados. No entanto, as sanções contidas no direito penal devem ser aplicadas de forma limitada, para que os direitos inerentes aos cidadãos sejam observados.

É com o intuito de garantir que o sistema penal seja cumprido de forma correta que surge a teoria do garantismo penal. O garantismo penal é um conceito criado por Luigi Ferrajoli, estando concentrado em sua obra denominada *Direito e Razão*. A sua teoria se baseia na aplicação do direito a partir da observação dos princípios norteadores do mesmo. De acordo com o autor ³⁵⁸:

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado

³⁵⁷ HABER, Carolina Dzimidas. **Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira**. 2010.

³⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010, p. 785-786

em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Ainda sobre o tema, segundo Bobbio, o garantismo penal possui como função garantir que os princípios básicos do direito sejam observado. Nas palavras de Ferrajoli ³⁵⁹:

(...) sistema geral do garantismo jurídico ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.

Assim, através dos princípios do Estado Democrático de Direito, a teoria de Ferrajoli visa assegurar que o exercício do poder punitivo do Estado seja realizado de forma a não esbarrar no direito do cidadão à liberdade, sendo considerada também uma forma de conservação do princípio da dignidade humana.

3.2. Princípios do Direito Penal relacionados com o garantismo penal

O direito penal é construído através de princípios, que atuam como ponto inicial para a compreensão do sistema penal, desempenhando um papel norteador para a elaboração de leis, além da sua aplicação e interpretação. Por compreender o direito penal em seu âmbito dogmático, os princípios possuem reflexo direto no modo com que a execução das leis penais se dá, já que possui conseqüências normativas a partir da interpretação da lei. Além disso, no âmbito do direito penal, os princípios atuam como limitador do poder punitivo do Estado, assegurando o cumprimento da dignidade humana. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos ³⁶⁰:

Princípios fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade. [...] São qualificados de fundamentais, porquanto constituem o alicerce, a base, o suporte, a pedra de toque do suntuoso edifício constitucional.

O princípio da legalidade, principal fonte normativa defendida pela teoria do garantismo penal, é originado da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, não há crime nem pena sem lei anterior que os defina. Tal princípio proporciona

³⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.7.

³⁶⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 496.

segurança jurídica aos cidadãos, para que estes não sejam surpreendidos com punições sem o prévio conhecimento da sua existência, já que o princípio da legalidade garante ao indivíduo a aplicação da lei somente quando há expressa previsão legal no sistema vigente à época do fato ocorrido. De acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal³⁶¹: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Relacionado com o princípio da legalidade, tem-se também o princípio da irretroatividade da lei penal, que está contido no artigo Art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, que dispõe que: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Dessa forma, observa-se que não há possibilidade da lei retroagir, a não ser no caso de ser mais benéfico ao réu.

O princípio da individualização da pena está previsto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”.

Assim, cada fato deve ser analisado de forma concreta, para que a pena seja adequada a cada indivíduo. Além disso, tal princípio pode ser relacionado com o princípio da responsabilidade pessoal, que consta no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal:

(...) nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Outro importante princípio relacionado com o garantismo penal é o princípio da limitação das penas, que visa assegurar o respeito à integridade moral e física do preso, garantindo que a dignidade humana não seja violada. Tal princípio está previsto no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, que prevê que: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Por fim, o princípio da inocência, garante ao acusado o reconhecimento da sua culpabilidade apenas após o trânsito em julgado da sentença. De acordo com o artigo 5º, LVII da Constituição de 1988, que enuncia: “ninguém será considerado culpado até transito

³⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo. Saraiva, 2009.

em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, é necessário que o Estado comprove a culpabilidade do indivíduo.

Os princípios contidos no direito penal estão previstos na Constituição Federal. Possuem grande importância, já que visam assegurar o cumprimento efetivo do direito, oferecendo o suporte necessário para a interpretação legislativa. Por esse motivo, o garantismo penal defende a sua correta aplicação, para assegurar cumprimento dos direitos básicos inerentes aos indivíduos, reduzindo o poder punitivo do Estado e garantindo as diretrizes interpretativas do ordenamento jurídico.

3.3. A necessidade de juízes garantistas

Alexandre de Moraes, para explicar a necessidade da existência de juízes garantistas, fez uma analogia em seu artigo intitulado “Por que a democracia precisa de juizes garantistas?”³⁶² entre a mídia e o filme “Tubarão”, de Steven Spielberg. Segundo o autor, a mídia atua, no cenário vigente, propagando o medo e a insegurança, da mesma forma que a possibilidade da presença do tubarão causava o suspense no filme. Assim, o autor afirma que o instrumento midiático colabora com a crença de que o único meio de acabar com a criminalidade é excluindo os marginalizados. De acordo com o autor:

Nesse sentido, o “crime-tubarão” é utilizado como mecanismo midiático da violência constitutiva do humano e, paradoxalmente tratado como se fosse uma surpresa no cotidiano, fomentado por uma realidade excludente, na qual o neoliberalismo se esgueira como financiador oculto desta economia criminal e obscena. A surpresa é, no caso, falsa, da ordem do semblant. Sabe-se, desde antes, que as possíveis variáveis do crime não decorrem, de regra, de um ato de terror individual, mas sim de toda uma coletividade que produz e se regozija com o crime. De qualquer modo, percebe-se que o destino de quem pretende sair desta metáfora é complicado, justamente porque as coordenadas culturais em que se está submerso reproduz o modelo da única possibilidade capaz de nos livrar do tubarão: matando-o! E se mata; muito. O sistema penal produz vítimas de todos os lados.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes afirma que a defesa dos direitos inerentes ao ser humano passou a ser vista pela sociedade de forma negativa, já que prepondera o pensamento de que os “tubarões”, ou seja, os possíveis transgressores do direito penal, devem ser eliminados. Dessa forma, o autor defende a importância da aplicação da teoria

³⁶² ROSA, Alexandre Moraes. **Por que a democracia precisa de juizes garantistas?**. Publicado em 12/08/2012.

do garantismo penal, alegando ser um instrumento necessário para evitar que os direitos individuais sejam violados.

4. MÍDIA COMO QUARTO PODER

A expansão penal, como já exposto anteriormente, desenvolve a ideia de que o controle social a partir da criação de normas penais seria o instrumento mais eficiente para o combate da criminalidade. Assim, as sanções de conteúdo penal, principalmente aquelas que privam o indivíduo de sua liberdade, são vistas pela sociedade de um modo geral como o principal remédio para garantir a segurança. Segundo Luiz Flávio Gomes ³⁶³:

O político apresenta o Direito Penal como o primeiro remédio para isso; o Direito Penal tornou-se um produto de mercado; o Direito Penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; os juízes estão apavorados; juiz garantista tem de enfrentar a mídia.

No entanto, a criminalidade faz parte de um complexo muito maior de problemas enfrentados pela estrutura organizacional de um país, não podendo ser resumida ao sistema prisional. Ao encarar o direito penal como principal alternativa para o combate ao crime, o populismo penal gera como consequência a lotação das instituições carcerárias, que se encontram muitas vezes em condições indignas de sobrevivência. Dessa forma, o “novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos” ³⁶⁴.

Com a globalização e o desenvolvimento da tecnologia, os meios de comunicação de estenderam, o que confere à mídia o caráter de formadora de opinião, tendo, portanto, uma grande influência sobre seus telespectadores. No entanto, as informações repassadas pelos canais midiáticos muitas vezes não são refletidas de forma crítica pelo público, que toma como verdadeiras as notícias transmitidas, sem um prévio questionamento. Nesse sentido, o populismo penal é difundido através dos veículos de comunicação em massa, que muitas vezes mascaram a realidade vivida pelo país com finalidade lucrativa, defendendo a ideia de que a solução para a criminalidade se concentra exclusivamente no

³⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília. Publicado em 27/11/2010.

³⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. 2009. p. 3.

recrudescimento punitivo. Nas palavras de Airton Chaves Junior e Fabiano Oldoni, no livro "Para que(m) serve o Direito Penal?"³⁶⁵:

A mídia, além de interferir direta e rapidamente no segmento de controle formal, atua nos momentos em que se sente ameaçada em seus interesses. Identificada qualquer ameaça, os meios de comunicação de massa lançam mão de uma campanha de lei e ordem, com objetivo de criar uma sensação de pânico generalizado, ocasionando uma pressão pública às agências políticas ou judiciais, com objetivo de deter tais ameaças. Estas campanhas se realizam através da distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado aos fatos de sangue, da invenção direta de fatos que não aconteceram, da instigação pública para a prática de delitos mediante as mensagens "a impunidade é absoluta, os menores podem fazer qualquer coisa, os presos entram por uma porta e saem pela outra", da instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de justiceiros, etc.

A influência midiática se dá se forma tão gravosa que, hoje em dia, a mídia explora o tema investigando, denunciando, acusando e executando³⁶⁶. É nesse sentido que há a crescente crença de que a mídia, apesar da falta de legitimidade, atualmente pode ser considerada como quarto poder da república, devido à sua influência no judiciário, legislativo e executivo. Segundo Betch Cleinman³⁶⁷:

a mídia, pouco a pouco, busca ocupar o espaço central das sociedades democráticas, com o pretexto de ser o potente instrumento capaz de iluminar os cantinhos mais obscuros da vida econômica, política e social. (..) em nome da informação devida ao público, tenta impor-se como o Quarto Poder da República.

Por visar o lucro, a mídia seleciona apenas as informações que atrairão a atenção da população, mascarando fatos e dando enfoque no que considera mais lucrativo. Tal fato, além de fazer com que os indivíduos não busquem se informar e questionar por outros meios, tendo em vista que as informações são adquiridas de forma facilitada, cria um consenso entre os ouvintes, vez que a população encara as informações prestadas como

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.126.

³⁶⁶ MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dezembro de 2010.

³⁶⁷ CLEINMAN, Betch. **Mídia, crime e** responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul*, v. 1, n. 1. p. 78.

verdades absolutas. Um artigo redigido por Laurindo Lalo Leal relata uma visita de professores da USP ao Jornal Nacional, cujo objetivo era compreender a estrutura e funcionamento do jornal com maior audiência atualmente. Na visita, foram surpreendidos por um relato de William Bonner, apresentador do jornal, que fez uma analogia entre seus telespectadores e Homer Simpson, personagem de Os Simpsons. O jornal Estadão, ao comentar o ocorrido, comenta sobre a personalidade do personagem ³⁶⁸:

Homer Simpson tem 1m83, pesa entre 108 e 119 quilos, tem entre 36 e 39 anos e usa roupas tamanho extra-grande. Certa ocasião, vendeu a alma por um donut e, numa briga com uma máquina de refrigerantes, ficou entalado com os dois braços na máquina. Nunca leu um livro e vê TV compulsivamente. Trabalha numa usina nuclear, e sua única função é apertar um botão. Uma de suas máximas filosóficas: "Se algo der errado, culpe o cara que não fala inglês.

Com isso, o apresentador, ao traçar o perfil das pessoas que assistem ao programa, pretende afirmar que seu público é incapaz de compreender diálogos mais complexos. Tal fato é reflexo da maneira com que a mídia, de forma geral, enxerga seus próprios ouvintes, manipulando o público de forma a aliená-los.

A criminalidade vista de forma a ser considerada um produto de mercado, através da exploração do populismo penal, produz grandes consequências, tendo em vista a influência da opinião pública na elaboração e aplicação das normas. Além do mais, os meios de comunicação em massa reafirmam a ideia de que o direito penal deve ser considerado o principal remédio no combate à criminalidade, o que gera um aumento no seu campo de incidência. Além disso, as notícias muitas vezes são transmitidas de forma displicente e irresponsável, tendo em vista a ausência de comprovação da ocorrência dos fatos noticiados. Segundo Osório ³⁶⁹:

A informação não é inocente, em segundo lugar, porque os meios de comunicação não se limitam a ser reflexo e a via de transmissão dos acontecimentos diários, nem das manifestações culturais e ideológicas existentes em um momento histórico, também são instrumentos de persuasão e propaganda, e uma forma de fazer política. Na atualidade, contribuem principalmente para a consolidação dos valores estabelecidos, da racionalidade do

³⁶⁸ AGÊNCIA ESTADO. Cultura. **Homer Simpson, o brasileiro médio, segundo Bonner**. Publicado em 06/12/2005.

³⁶⁹ OSORIO, Juan. L. Fuentes. **Los medios de comunicación y el derecho penal**. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología (en línea). 2005, num. 07-16, p.16-51.

mercado, da perpetuação do *status quo* socioeconômico e institucional. Os meios de comunicação estão politizados (em alguns casos dirigidos pelo partido governante, mas sempre instrumentos da atividade cotidiano do governo e especiais mecanismos de intervenção nos procedimentos eleitorais), são controlados por um número cada vez mais reduzido de grupos financeiros (os quais, por sua vez, mantém vínculos com uma determinada tendência política) e se submetem às exigências de sua clientela: o patrocínio mediante a publicidade. Estes atores insistem em identificar felicidade com consumo: criam novas necessidades e indicam a importância social de se manter em um ritmo constante de gasto (modas, marcas). Se apresentam como modelos ideais de comportamento que conduzem ao êxito entendido como status social e poder econômico. (Tradução livre do autor).

Nesse diapasão, verifica-se que o clamor público, na maioria das vezes, advém de informações prestadas pelos veículos de comunicação, o que dificulta a diferenciação entre a gravidade real do delito perante a sociedade, e o que é simplesmente selecionado e abordado pela mídia, de forma a, através do sensacionalismo dramático, tomar uma diferente repercussão. Assim, nota-se que, a proporção dada pela ocorrência de um delito está intimamente ligada com a notícia publicada.

Dessa forma, é possível notar a grande influência da mídia no direito penal. A crença da mídia como “privatização parcial do poder punitivo” (BATISTA, 2009, p. 19) se dá devido ao poder de persuasão possuído pelos veículos de comunicação, que proporciona a tese que considera a mídia como um quarto poder no sistema brasileiro, tendo em vista que, muitas vezes, atribui para si mesma o poder de investigar e julgar.

4.1. Processo penal do espetáculo

Com o desenvolvimento da tecnologia, as relações sociais se transformaram, dando espaço a um novo meio de comunicação: a internet. Nesse contexto, as expectativas sociais, segundo Rubens Casara, passaram a ser condicionadas pelo que cada um demonstra nas redes sociais, que dita como aquele indivíduo será visto pela sociedade.

No âmbito do direito penal, nota-se atualmente um encanto da sociedade pelos crimes e o contexto em que foram cometidos, além de uma intensa crença na instituição carcerária como instrumento para erradicar a criminalidade. Assim, o crime passou a ser visto pela mídia como uma forma rentável, tendo em vista que atrai os telespectadores por produzir o entretenimento.

O processo penal do espetáculo ocorre quando os meios midiáticos abordam temas do direito penal, com interesse em angariar telespectadores, bem como influenciá-los de acordo com seu interesse. Tal ocorrência possui efeito negativo, tendo em vista que, assim como a mídia possui influência na sociedade, os próprios indivíduos interferem no desenvolvimento do meio em que está inserido, o que gera um ciclo vicioso. Assim, cria-se um discurso de ódio no meio penal, que, fomentado pelo desejo de vingança, tem como consequência o foco apenas na punição dos transgressores, ignorando os direitos fundamentais.

Dessa forma, nota-se que, ao tratar o direito penal como forma de entreter, a sociedade deixa de lado o seu real propósito: garantir a segurança da população, bem como a punição e a reinserção do indivíduo na sociedade. Além do mais, o processo penal do espetáculo ignora o contexto do Estado Democrático de Direito, em que se faz necessário a investigação e apuração dos fatos, para, só depois de constatada a ocorrência do crime bem como a sua autoria, haja a condenação. Isso se deve ao fato de que a mídia concentra o conteúdo da informação repassada apenas na trama, transformando-a em um tipo de novela, para atrair o público. Dessa forma, os fatos concretos são ignorados, o que pode inviabilizar o direito à ampla defesa e ao contraditório, já que a opinião da sociedade tem grande influência sobre a aplicação da norma. Nesse sentido, muitas vezes medidas legislativas e judiciárias são tomadas apenas para satisfazer o público, desrespeitando o princípio da legalidade. De acordo com Rubem Casara ³⁷⁰:

No julgamento-espetáculo, todos querem exercer bons papéis na trama. Ninguém ousa atuar contra os desejos da audiência, sempre manipuláveis, seja por um juiz-diretor talentoso, seja pelos grupos econômicos que detém os meios de comunicação de massa. Paradoxalmente, os atores jurídicos mais covardes, aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), os que para atender ao “desejo de audiência” violam a lei e sonegam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis.

É possível notar o fascínio do público pela criminalidade, por exemplo, nos programas oferecidos pelos meios de comunicação em massa, como o “Linha Direta”, noticiário exibido pela emissora Globo, que relatava crimes ocorridos no Brasil cujos autores não foram encontrados.

A emissora de televisão propagava a ideia de que o programa tinha como objetivo suprir a insegurança, devido ao falho sistema penal atual, soando como um dever cívico da

³⁷⁰ CASARA, Rubem. **Processo Penal do Espetáculo**. 2015.

mesma para com a sociedade. Dessa forma, a partir da divulgação dos crimes, contava com a colaboração dos telespectadores para encontrar possíveis foragidos. Um estudo realizado por Kleber Mendonça, denominado “discurso e mídia: de tramas, imagens e sentidos, um estudo sobre do linha direta”³⁷¹, analisa o objetivo do programa bem como suas consequências. De acordo com o autor (p. 53):

O programa não pode, no entanto, se limitar a ‘noticiar’ a existência de um criminoso foragido. É preciso reconstruir o crime com o máximo de carga emotiva possível para que o telespectador, ao se identificar com a família da vítima – afinal o crime ‘poderia ter acontecido com você’ – execute a denúncia. Para isso, o programa possui quatro núcleos que funcionam em conjunto na construção da narrativa: a coordenação de jornalismo (responsável pela apuração dos fatos e redação do texto jornalístico), o núcleo de dramaturgia (que fica a cargo da direção artística), o núcleo do roteiro (responsável pelo texto final e pela organização dos esquetes/reportagens), além da produção.

De modo resumido, os esquetes se estruturam de maneira bastante semelhante. Inicialmente o telespectador é apresentado à vítima e às suas qualidades até que aparece o vilão. Então, enquanto a mudança na trilha sonora trabalha o suspense e auxilia, juntamente com as imagens, na caracterização da maldade do criminoso em oposição à bondade da vítima, a narrativa condiz o suspense de forma crescente até a execução do crime. Num jogo de repetição e antecipação das imagens mais fortes, os roteiristas do programa entrecortam as simulações com as declarações dos parentes das vítimas, investigadores e promotores responsáveis pelo caso. Tudo conduzido, ainda, pela voz em off do narrador das simulações e pelas aparições do apresentador amarrando toda a trama, enquanto caminha por um cenário “decorado”, ora com pôsteres das vítimas, ora com retratos dos assassinos foragidos, ou enquanto passeia pelos lugares reais onde aconteceram os crimes.

Dessa forma, é possível concluir que o programa faz uso de aparatos técnicos em suas filmagens para garantir que seja repassada ao telespectador uma visão sensacionalista do crime, onde o público passa a possuir uma relação emotiva com o caso.

³⁷¹ MENDONÇA, Kleber. **Discurso e mídia: de tramas, imagens e sentidos, um estudo sobre do linha direta**. 2001. p. 53

Importante ressaltar a análise do caso de Marcos "Capeta", foragido da justiça, que se tornou protagonista de um episódio do programa, e foi morto em confronto policial dias depois, fato que foi comemorado pelo apresentador na semana seguinte. Na análise do programa apresentado anteriormente à morte de Marcos, verifica-se que o cenário objetiva repassar a figura de um criminoso frio, consubstanciando fatos verídicos com fictícios, com a finalidade de demonstrar aos telespectadores uma situação mais atrativa, através do sensacionalismo dramático. De forma comparativa, verifica-se que a cena do crime foi alterada, sendo que a metralhadora mostrada nas filmagens não foi utilizada no caso verídico. Segundo Nilo Batista³⁷², que produziu um estudo sobre o caso:

O exame do primeiro programa mostra um cruel Marcos "Capeta", chefe de numeroso bando, que maneja uma metralhadora ponto 50, instalada na carroceria de uma picape, contra policiais atônitos, que empunham revólveres calibre 38, numa Kombi que explode. Desnecessário será dizer que as chamas da explosão, naquilo que terá parecido ao diretor um grande achado, emolduram o rosto cínico de Marcos "Capeta", cuja alcunha se prestava a uma espécie de demonização ao pé da letra. Lamentavelmente, os documentos depõem em outro sentido. Marcos "Capeta" foi morto numa casa situada em local ermo, isolada e portanto facilmente sitiável. Seu corpo tinha 22 orifícios de entrada de projéteis de arma de fogo, além de uma aparentemente desnecessária lesão contusa na região cervical. Das quatro armas que a polícia disse ter encontrado no local, uma não disparara (exame negativo para pólvora combusta), e as outras três (dois revólveres 38 e uma pistola 380) estavam parcialmente carregadas: mas a metralhadora ponto 50 da encenação do Linha Direta simplesmente não existia. O numeroso bando também estava reduzido a um garoto de 14 anos, com pelo menos oito lesões de projéteis de arma de fogo (o respectivo laudo tem passagens ilegíveis). Do depoimento da irmã de Marcos "Capeta" consta uma sorte de última declaração dele: "Linha Direta só disse mentira". A festejada secretária de Segurança Pública da Bahia, nas colunas sociais freqüentemente apresentada como "a *blonde* Kátia Santos", declarou ao segundo programa, o comemorativo: "bandido aqui na Bahia não faz carreira longa".

³⁷² BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. 2009.

Dessa forma, verifica-se que a utilização do direito penal como forma rentável para a mídia, através de seus instrumentos de comunicação em massa, reduz o mesmo em um instrumento simplório, distorcendo sua real finalidade.

4.2. A seletividade do sistema penal

O cenário do sistema criminal brasileiro se agrava quando nota-se que, além de super-lotadas, as cadeias são constituídas por uma população homogênea, formada através dos estereótipos criados pela sociedade, muitas vezes fruto da influência midiática.

A Constituição Federal, no artigo 5º, caput e inciso I, obriga que, no território nacional, seja dado igual tratamento a todos os indivíduos, não devendo haver exceto aquelas previstas pela própria Carga Magna. Assim, tal princípio prevê o tratamento isonômico perante a Lei. De acordo com o artigo:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

No entanto, no caso concreto não é isso que ocorre. A situação dos presídios no Brasil é uma grande ilustração da violação do princípio da igualdade, que ocorre através dos estereótipos criados, tendo em vista que aqueles que se encontram em posição mais baixa na pirâmide social são alvo da seletividade penal. Segundo Zaffaroni, “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que correspondem à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes”³⁷³. Assim, muitas vezes o indivíduo é condenado previamente não pelo que faz, mas sim pelo que é (CABETTE, 2013, p. 15). Ainda sobre o tema, alega Pierre Bourdieu que³⁷⁴:

(...) os perigos políticos inerentes ao uso ordinário da televisão devem-se ao fato de que a imagem tem a particularidade de poder produzir o que os críticos literários chamam de o *efeito de real*, ela pode fazer ver e fazer crer no que faz ver. Esse poder de evocação tem efeitos de mobilização. Ela pode fazer existir idéias e representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes e

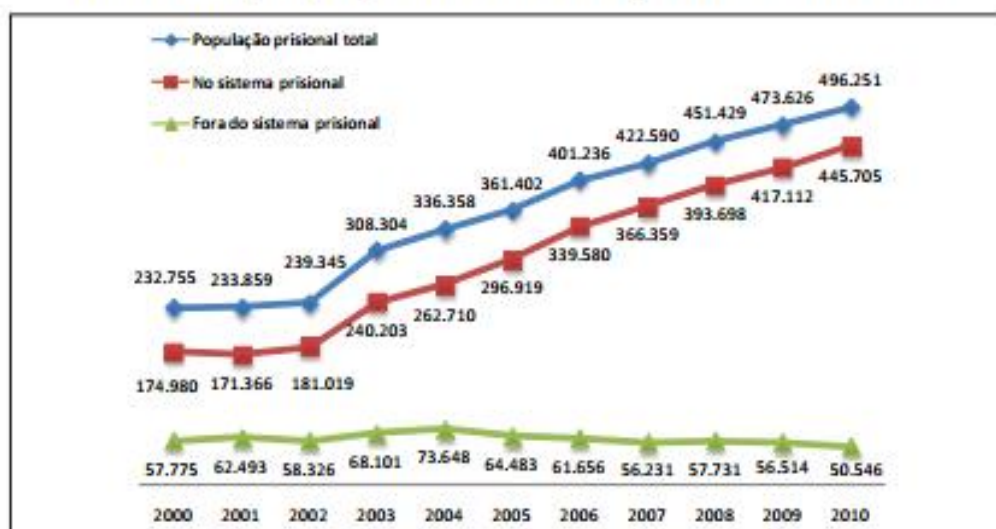
³⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 130.

³⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. p. 28.

os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas, etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, freqüentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro e a simples narração, o fato de relatar, *to record*, como *repórter*, implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização)."

Um estudo realizado por Felipe Mattos Monteiro e Gabriela Ribeiro Cardoso, denominado de "A seletividade do sistema penal brasileiro e o perfil da população carcerária" ³⁷⁵, que foi realizado através dos dados fornecidos pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), chegou em conclusões alarmantes. De acordo com a pesquisa, a população prisional brasileira cresceu de 232.755 presos para 496.251 entre 2000 e 2010.

Gráfico 1. População prisional do Brasil no período de 2000 a 2010¹

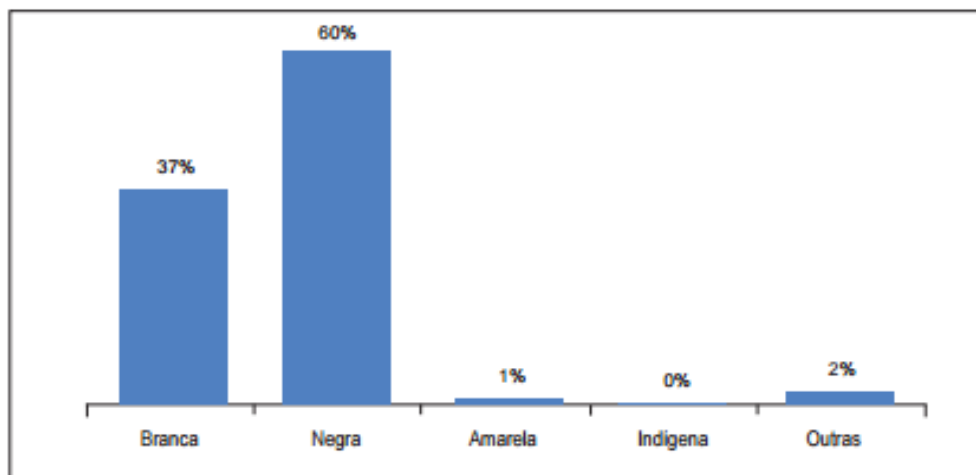


Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário – Sistema Integrado de Informação Penitenciária** (Infopen). 2011.

Além disso, o estudo aponta a proporção de presos por cor da pele/etnia no ano de 2010, sendo que a categoria negro foi analisada considerando os presos declarados negros e pardos. De acordo com o gráfico:

³⁷⁵ MONTEIRO, Felipe Mattos, GABRIELA, Ribeiro Cardoso. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária**. v. 13, n. 1. 2013.

Gráfico 10. Percentual de presos por cor de pele/etnia em 2010 no Brasil¹⁰



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário – Sistema Integrado de Informação Penitenciária** (Infopen). 2011.

Tais dados possibilitam concluir que a realidade vivida nas instituições carcerárias brasileiras é de fato gravosa, considerando as desigualdades encontradas. O sistema penal atua muitas vezes como um “aspirador social”, objetivando reprimir a pobreza existente, e não de fato a combater a criminalidade³⁷⁶. É importante ressaltar que as críticas aqui presentes não visam defender a criminalidade, mas sim combatê-la de forma justa e mais efetiva.

Verifica-se, portanto, que o princípio da igualdade, nesse contexto, não é obedecido. De acordo com Alexandre de Moraes³⁷⁷:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

³⁷⁶ MONTEIRO, Felipe Mattos, GABRIELA, Ribeiro Cardoso. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária**. v. 13, n. 1. 2013.

³⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

No âmbito legislativo, ou seja, no momento da aplicação da lei, verifica-se que a parcela da sociedade que tem maior poder de influência no meio parlamentar utiliza dessa ferramenta para pressioná-los a criar certos tipos penais, a partir da seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, de acordo com seus próprios interesses. Conforme exposto por Becker ³⁷⁸:

As diferenças na habilidade para fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenças de poder (tanto legal como extralegal). Esses grupos cuja posição social lhes dá armas e poder estão em melhor capacidade para implantar suas regras. Distinções em idade, sexo, étnicas e de classe estão todas relacionadas como diferenças de poder. Além de reconhecer que o desvio é criado pelas respostas da gente perante um particular tipo de conduta e por etiquetar esta conduta como desviante, nós devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por esta etiqueta não são universalmente aceitas. Ao contrário, estas são objetos de conflito e desacordo, parte de um processo político da sociedade.

Já no que se refere à aplicação da lei penal, é possível afirmar que o sistema foca em certos tipos de pessoas, com características próprias, como classe social, etnia, raça, dentre outros. Nesse sentido, nota-se que a classe menos favorecida é alvo principal da aplicação da lei através do judiciário e do poder de polícia. Dessa forma, cria-se uma imagem já pré-estabelecida de quem são os transgressores da norma, ou seja, certos tipos de pessoas já são condenadas socialmente antes mesmo de cometerem o crime. De acordo com o relatório realizado pelo Departamento de Ciências Políticas e Econômicas da UNESP – Campus de Marília, denominado de Geografia do Crime: análise dos espaços de crimes, criminosos e das condições de vida da população de Marília, SP, conclui a autora Sueli Andruccioli Felix ³⁷⁹ que :

A população carcerária compunha-se predominantemente de não-brancos (71%), sendo 46% e pardos e 25% de negros, e com educação elementar; - Apenas 5% dos presos possuíam bens econômicos de valor significativo (no Estado de São Paulo era apenas 1%, conforme Censo Penitenciário realizado em 1994); - Nenhum preso declarava imposto de renda (no Estado, 1%); - 95,2% recebiam assistência jurídica do Estado (no Estado eram 95%). Detalhes estes

³⁷⁸ BECKER, H. **Los extraños**. Buenos Aires: Tiempo Contemporâneo, 1971.

³⁷⁹ FELIX, Sueli Andruccioli. **Geografia do crime – análise dos espaços de crimes, criminosos e das condições de vida da população de Marília-SP**. 2001. p. 38.

que provocaram questionamentos segregacionistas e algumas especulações:

1º . Os criminosos provêm, realmente, das categorias sócio-econômicas mais baixas;

2º . Rico não comete tanto crime ou não vai para a cadeia;

3º . Os pobres são tal mal assistidos, juridicamente, que são os únicos que permanecem presos.

Dessa forma, é possível afirmar que o preconceito criado pela sociedade, fomentado pela mídia, que parte do pressuposto de que certos grupos sociais possuem maior chance de cometer crimes, possui como consequência o aumento da desigualdade social no Brasil, tendo em vista o fato de que o princípio da igualdade não é respeitado pelo próprio sistema penal, que seleciona certos indivíduos em detrimento de outros.

5. JÚRI POPULAR

O Tribunal do Júri, órgão especial do Poder Judiciário, foi criado em 1822, e tem como competência julgar crimes dolosos contra a vida. É considerado um instrumento de participação direta da população do judiciário, tendo em vista que os jurados sorteados possuem poder decisório acerca do processo. Suas atribuições estão previstas na 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:

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

O Tribunal do Júri é composto pelo Presidente, que é juiz togado, e pelos cidadãos. Para fazer o alistamento em tal tribunal, é necessário ter mais de 18 anos, não ter antecedentes criminais, ser eleitor e concordar em participar de forma voluntária. Para julgar o processo, são sorteados 25 (vinte e cinco) possíveis jurados para comparecer ao

juízo. Destes, apenas 7 (sete), que compõem o Conselho de Sentença, são sorteados para julgar. Segundo Guilherme de Souza Nucci ³⁸⁰:

Se é uma garantia, há um direito que tem por fim assegurar. Esse direito é, indiretamente, o da liberdade. Da mesma forma que somente se pode prender alguém em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária e que somente se pode impor uma pena privativa de liberdade respeitando-se o devido processo legal, o Estado só pode restringir a liberdade do indivíduo que cometa um crime doloso contra a vida, aplicando-lhe uma sanção restritiva de liberdade, se houver um julgamento pelo Tribunal do Júri. O Júri é o devido processo legal do agente do delito doloso contra a vida, não havendo outro modo de formar sua culpa. E sem formação de culpa, ninguém será privado de liberdade (art. 5º, LIV). Logicamente, é também um direito. Em segundo plano, mas não menos importante, o júri pode ser visto como um direito do cidadão de participação na administração de justiça do país.

Os jurados possuem competência para julgar os crimes contra a vida, que estão previstos no Capítulo I, do Título I, da Parte Especial do Código Penal. São eles: homicídio simples, homicídio qualificado, homicídio culposo, infanticídio, aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiro. Além disso, são incluídas na competência do tribunal do júri as transgressões que são relacionadas com os tipos penais citados.

Para fazer parte do júri, não é necessário qualquer tipo de conhecimento sobre as leis penais. O voto de cada jurado é feito de forma sigilosa, sendo que a sua decisão não necessita de ser fundamentada nos dispositivos legais. Dessa forma, o voto de do júri é realizado com base nas convicções individuais.

Como exposto anteriormente, os veículos de comunicação utilizam da criminalidade como forma de exploração econômica, abordando sobre temas do direito penal da forma que lhe for mais rentável, sem possuir nenhuma responsabilidade em reproduzir o fato de forma justa. Por ser, a decisão de cada jurado, baseada em sua livre convicção, verifica-se que esta pode ser influenciada por meios externos, como a própria mídia. Tal fato impede que o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII

³⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios Constitucionais**. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo. 1999. p. 59.

da Constituição Federal, seja de fato aplicado nos casos em concreto, tendo em vista que o cidadão já possui. De acordo com Nucci ³⁸¹:

(...) eis porque é maléfica a atuação da imprensa na divulgação de casos sub judice, especialmente na esfera criminal e, pior ainda, quando relacionados ao Tribunal do Júri. Afinal, quando o jurado dirige-se ao fórum, convocado para participar do julgamento de alguém, tomando ciência de se tratar de “Fulano de Tal”, conhecido artista que matou a esposa e que já foi “condenado” pela imprensa e, conseqüentemente, pela “opinião pública”, qual isenção terá para apreciar as provas e dar o seu voto com liberdade e fidelidade às provas?

Nesse sentido, é possível perceber que, principalmente nos crimes de maior repercussão midiática, os sorteados para compor o tribunal do júri já possuem informações repassadas pelos veículos de informação antes mesmo do sorteio. O intuito do tribunal do júri é que cidadãos de diversas classes e diversidades, através de sua própria convicção, participem das decisões condenatórias. No entanto, por não ser necessário conhecimento dos dispositivos legais por parte dos jurados, a influência da mídia no julgamento fica clara, a partir da exposição exacerbada dos fatos, o que dificulta a realização de um julgamento justo, sem prévia influência do exterior.

6. CONCLUSÃO

A partir de tudo que foi exposto, é possível verificar a influência da mídia no direito penal, bem como suas consequências negativas nesse âmbito. O direito penal, por ser um instrumento de proteção dos bens jurídicos, deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, e, por esse motivo, há a necessidade da criação de novos tipos penais, a fim de garantir a paz social, tendo em vista as alterações culturais e sociais que ocorrem ao longo do tempo. É nesse contexto que surge a expansão do direito penal, através da criação de novas normas, devido à crescente valorização de outros bens jurídicos.

A evolução tecnológica possibilitou o surgimento de diversos benefícios para a sociedade. Com o avanço das formas de comunicação, atualmente o mundo se encontra em constante sintonia, tendo em vista que atualmente as informações são transferidas de forma imediata. No entanto, a influência midiática tomou grandes repercussões no âmbito do direito, fomentando a ideia de que o direito penal deve ser considerado o principal remédio legal para combater a criminalidade. Além disso, a mídia manipula as

³⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.131

informações de forma a reproduzir apenas o que considera mais rentável, não possuindo o compromisso de relatar os acontecimentos de forma imparcial e totalmente verídica.

Tal cenário causa grande insegurança na sociedade, que acaba, movida pelo anseio de combater os atos criminosos, por pressionar os legisladores e magistrados, requerendo medidas efetivas no enfrentamento contra a criminalidade. Dessa forma, é possível verificar a influência da mídia na expansão penal, tanto na criminalização primária - com a criação de novos tipos penais, quanto no processo e julgamento, gerando expectativa de respostas rápidas com julgamentos-espetáculo. Tais atos possuem grande efeito perante a sociedade, que passa a crer que o sistema penal é o principal instrumento para sanar os problemas sociais.

Dessa forma, o direito penal passa a ter diferentes finalidades daquelas originalmente estabelecidas, tendo em vista que deixa de ser utilizado apenas em *ultima ratio*, ou seja, como última opção. Tal desvirtuamento de suas finalidades causa grande prejuízo ao sistema, tendo em vista que ameaça o efeito cumprimento dos princípios norteadores do direito penal.

Como forma de combater a crescente expansão penal e a valorização do sistema penal como solução de qualquer conflito social, é necessário que as decisões judiciais sejam fundamentadas a partir do garantismo penal. O ordenamento jurídico atribui para o direito penal o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir os cidadãos que não agem de acordo com as normas penais estabelecidas. Nesse contexto, o garantismo penal surge como instrumento de limitação do poder estatal, a partir do resgate e defesa dos princípios fundamentais.

Dessa forma, é possível concluir que, para a contenção da expansão penal, é necessário que seja efetivamente aplicado o garantismo penal, como forma de conter o poder punitivo estatal, assegurando o correto cumprimento dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Cultura. **Homer Simpson, o brasileiro médio, segundo Bonner.** Publicado em 06/12/2005. Disponível em: <
<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,homer-simpson-o-brasileiro-medio-segundo-bonner,20051206p5280>> . Acesso em 21/04/2017.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. 2009. Disponível em: <
<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>> . Acesso 17/04/2017.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, H. **Los extraños**. Buenos Aires: Tiempo Contemporâneo, 1971.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial (vol. 4)**. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOITEUX, Luciana. **Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas**. 2010. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux_Tr%C3%A1fico_e_Constitui%C3%A7%C3%A3o_.pdf> . Acesso em 06/04/2017.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BOZZA, Fábio da Silva. **As dimensões da expansão do Direito Penal**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/as-dimensoes-da-expansao-do-direito-penal/>> . Acesso em 12/04/2017.

BRASIL. **Código Penal**. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo. Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei de execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Diário Oficial da União. (Legislação). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > . Acesso em 15/04/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen)**. 2011. Disponível em: < www.justica.gov.br/noticias/mj...novo...infopen.../relatorio-depen-versao-web.pdf > . Acesso em 15/04/2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Totalitarismo, Direito Penal do inimigo, eliminação e tortura**. Boletim IBCCRIM, n. 246, maio. 2017

CALLEGARI, André Luis, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Deu no jornal: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir) racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal**. Revista Liberdades, nº 2 setembro-dezembro

2009. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/_pdf/2009/02/artigo4.pdf. Acesso em 15/04/2017.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>> . Acesso em 12/04/2017.

CLEINMAN, Betch. **Mídia, crime e responsabilidade**. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, v. 1, n. 1

DAVID, Marcos Vinícius Nespolo de. **Direito penal do inimigo: realidade e eficácia**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/marcos_vinicius.pdf> . Acesso em 22/04/2017.

FELIX, Sueli Andruccioli. **Geografia do crime – análise dos espaços de crimes, criminosos e das condições de vida da população de Marília-SP**. 2001. Disponível em: http://www.levs.marilia.unesp.br/GUTO/relatorios/relat_geral_pesquisa_1.pdf. Acesso em 02/05/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829>. Acesso em 12/05/2017.

GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antônio Garcia Pablos; BIANCHINI, Alice. **Introdução e Princípios Fundamentais**. Volume 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília. Publicado em 27/11/2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 12/05/2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal**. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HABER, Carolina Dzimidas. **Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira.** 2010. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>. Acesso em 01/03/2017.

IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro.** *In:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619. Acesso em 21/04/2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, **Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas.** 2ª Edição. Editora Livraria do Advogado. 2007. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/1704142/direito-penal-do-inimigo---gunther-jakobs> Acesso em 10/04/2017.

LARIZZATTI, Rodrigo Pereira. **As Organizações Criminosas e o Direito Penal Do Inimigo.** Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032976.pdf> Acesso em 15/04/2017.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula, GIACOMO, Roberta Catarina. **Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco.** Revista Liberdades. Revista nº 2: Setembro - Dezembro de 2009. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO. Acesso em 23/04/2017.

MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro.** *In:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909. Acesso em 15/04/2017.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** *In:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727&revista_caderno=3. Acesso em 04/05/2017.

MENDONÇA, Kleber. **Discurso e mídia: de tramas, imagens e sentidos, um estudo sobre do linha direta.** Disponível em: http://www.bdttd.ndc.uff.br/tde_arquivos/28/TDE-2008-10-01T131914Z-1705/Publico/Dissertacao_Kleber_Mendonca.pdf. Acesso em 02/05/2017.

MIGUEL, Érika Andrade. **A expansão do direito penal**. 2009. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>> . Acesso em 28/04/2017.

MONTEIRO, Felipe Mattos, GABRIELA, Ribeiro Cardoso. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12592/9689>> . Acesso em 04/04/2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em 02/04/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios Constitucionais**. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo. 1999

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, César Antônio Silva de. **A influência da mídia no Tribunal do Júri à luz dos princípios e garantias constitucionais que regem o Processo Penal Brasileiro**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28520/a-influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri-a-luz-dos-principios-e-garantias-constitucionais-que-regem-o-processo-penal-brasileiro>. Acesso em 27/02/2017.

OSORIO, Juan. L. Fuentes. **Los medios de comunicación y el derecho penal**. Revista Electrônica de Ciência Penal y Criminologia (en línea). 2005, num. 07-16, p.16-51. Disponível na Internet em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>. Acesso em 01/03/2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. Edição. Volume 1. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. 2015. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em 21/04/2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Por que a democracia precisa de juizes garantistas?**. Publicado em 12/08/2012. Disponível em: <https://alexandredarosa.jusbrasil.com.br/artigos/121933123/por-que-a-democracia-precisa-de-juizes-garantistas>. Acesso em 15/04/2017.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade Do Risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI.** Revista Liberdades. São Paulo. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=84#_ftn6> . Acesso em 14/04/2017.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª ed., Madrid, 2001.

SILVA, Marcelo Cerqueira. **A aplicabilidade do direito penal do inimigo no Brasil: uma visão crítica.** 2016. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-no-brasil-uma-visao-critica,55446.html>> . Acesso em 15/04/2017.

TEIXEIRA, Marcio Aleandro Correia; BARROS, Rute de Jesus da Costa. **Eficácia dos princípios penais constitucionais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10690&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 07/05/2017.

VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **A sociedade do risco e a dogmática penal.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 38, fev 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3593>. Acesso em 10/05/2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

MATHEUS EURICO BORGES CARNEIRO:

Graduação em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione - FACDO (2018), Pós Graduação em Direito Constitucional (2020) e Penal e Processual Penal (2020) pela Faculdade Única de Ipatinga - GM.

RESUMO: Este trabalho teve como proposta o estudo da influência exercida pelo direito internacional sob a ordem jurídica brasileira. Procurou-se analisar os principais compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito externo que, de alguma forma, influenciaram na elaboração de leis, na instituição de políticas públicas, na interpretação e aplicação pela jurisprudência, seja pela ótica do controle difuso ou pela aplicação do concentrado de convencionalidade. Os resultados trazidos demonstram a importância da cooperação jurídica internacional entre os Estados para a tutela dos direitos humanos. Será evidenciado que esta proteção se dá não somente em virtude da celebração de tratados, mas também por decisões internacionais e recomendações, a exemplo daquelas emanadas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, torna-se imprescindível da atuação dos atores internacionais como forma de incrementar a aplicabilidade dos direitos humanos, paulatinamente, na ordem jurídica do país.

Palavras-chave: Direito Internacional. Tratados. Influência. Cortes Internacionais. Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em cooperação internacional para proteção dos direitos humanos, é importante ter em mente que os laços internacionais formados pelos Estados, nesse segmento, são recentes, considerando que até o início do século XX as normas internacionais sobre este tema eram bastante esparsas.

Entretanto, em razão dos desastres ocorridos na Segunda Mundial (1939 a 1945) e como resposta à barbárie nazista, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU (1945), na Conferência de São Francisco que estabeleceu, ademais, o respeito universal dos direitos humanos para todos (Art. 55, “c”).

A partir daí há efetivo aumento nos laços internacionais e o surgimento, segundo a doutrina, de pelo menos três eixos de proteção aos direitos e garantias fundamentais no âmbito jurídico internacional. Ramos (2019, p. 155) destaca o seguinte:

A proteção dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional recai em três sub-ramos específicos do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR).

Como fruto desse liame, passou a existir, além do Sistema Universal (ONU) também o Sistema Regional Americano de proteção dos direitos humanos, com a criação da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948). Instituíram-se mecanismos de proteção, a exemplo da Corte Internacional de Justiça – CIJ, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Considerando que os Estados se associaram para atingir objetivos comuns, foram celebrados acordos relacionados aos mais diversos temas: abolição da escravatura, repressão ao genocídio, justiça de transição, proteção aos refugiados, repulsa à utilização de tortura, tráfico de pessoas, proteção aos direitos das crianças, erradicação da violência contra as mulheres, regras mínimas para tratamento dos presos, dentre outros infindáveis temas.

Após o estabelecimento no papel, dos direitos, buscaram-se meios para o gradual estabelecimento das medidas no âmbito interno de cada país. Diante disso, foram criados instrumentos para proteger, monitorar e fiscalizar a aplicação dos compromissos internacionais, tais como os conselhos, os comitês, os comissariados, a revisão periódica universal, dentre outros procedimentos.

No Brasil, os tratados podem ter as seguintes forças normativas: (a) lei ordinária, se tratados comuns; (b) norma especial, em relação à matéria tributária; (c) norma supralegal, se relativos a direitos humanos; ou (d) emenda constitucional, ao se tratar de direitos humanos e ser aprovado pelo rito do art. 5º, §3º da CF/88.

Aqui será destacado como tais compromissos influenciaram, positivamente, a ordem jurídica nacional. Na busca dos objetivos propostos utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, através de materiais já publicados na literatura, além de normas e jurisprudência. O texto final fundamentou-se nas ideias de autores como Ramos (2019), Portela (2017) e Dias (2019).

2. DESENVOLVIMENTO

O Brasil já celebrou mais de vinte tratados no âmbito da ONU e outros vários compromissos de âmbito regional, além de acordos bilaterais. A incorporação do tratado ao direito interno vai depender das regras de cada país. A doutrina divide em dois modelos: o dualismo, no qual há distinção e independência entre as ordens jurídicas do

Direito Internacional e o Direito Interno e o monismo, no qual afirma-se que há apenas uma ordem jurídica. No Brasil, segundo Portela (2017, p. 50/53) é possível aspectos da doutrina dualista, em razão da exigência de decreto presidencial para incorporar tratado internamente; e monista nacional, nos casos em que a Constituição estabelece a norma que deve prevalecer em caso de conflito. Apesar do debate doutrinário, é firme o entendimento do STF no sentido de que solução deve ser verificada com base na Constituição (ADI-MC 1.480/DF).

Nos últimos anos constata-se uma crescente influência do direito internacional sob o direito interno. No Direito Empresarial, por exemplo, merece destaque a Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66), que regula a matéria relativa a letras de câmbio e notas promissórias em âmbito **mundial** visando à segurança e a rapidez nas relações comerciais. Criou-se também a Organização Mundial do Comércio – OMC, principal órgão relacionado à promoção do livre comércio no mundo, do qual o Brasil é membro. Também é retrato da adaptação do país aos ditames internacionais a elaboração da Lei nº 9279/96, que regula os direitos e relações inerentes à Propriedade Industrial, atendendo ao estabelecido no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Decreto nº 1.355/94).

Ambientalmente o Brasil foi participante ativo das ações internacionais, sediando um dos primeiros e maiores encontros do mundo no que diz respeito à proteção ambiental, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (conhecida como Rio/Eco-92), destacando-se a agenda 21, um programa de ação que visa conciliar o desenvolvimento econômico com o respeito ao Meio Ambiente. Por influência disso, foram instituídas as Leis nº 12.187/09 (Plano Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC) e 11.105/02 (Lei de Biossegurança) trazendo, expressamente, o princípio da precaução, por influência da Convenção sobre Mudança do Clima e Convenção da Biodiversidade, das quais é signatário. Tal princípio é um dos fundamentos para a inversão do ônus da prova em favor do ambiente, conforme da Súmula 618 pelo STJ:

Súmula 618-STJ: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. STJ. Corte Especial. Aprovada em 24/10/2018, DJe 30/10/2018.

Especialmente no que toca ao direito consumerista, o principal debate jurídico refere-se sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC ou da Convenção de Varsóvia no caso, por exemplo, do extravio de bagagens nas viagens internacionais. Vale ressaltar que a norma internacional é excessivamente prejudicial ao consumidor, pois contém prazo prescricional prejudicial ao passageiro (inferior àquele estabelecido na

legislação interna), além de limitar o ressarcimento de danos pelas empresas aéreas – adotando o princípio da indenizabilidade restrita/tarifada.

Nada obstante a grande proteção instituída ao consumidor na ordem brasileira, tanto o STF, quanto o STJ, têm decidido pela aplicabilidade da norma internacional em desfavor do CDC. Aquela corte fixou a seguinte tese no Tema 210:

"Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor"

Ainda que sob o argumento de ser ele regra especial em relação ao CDC com base no art. 178 da CF, o tratamento estabelecido é não é justo. A título de exemplo, caso determinado passageiro de vôo internacional perda a mala de viagem por culpa da prestadora do serviço, com todos os seus bens, terá limitada indenização ao valor máximo de 1.200 euros por mala (aproximadamente R\$ 5.592,27) – ainda que comprove ter nela bens em valor superior, o que fere a proporcionalidade.

Já em relação aos direitos dos jovens, têm-se adotado no país alterações legislativas positivas, conforme princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da CF/88 e intensificado pela promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90). O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, portanto, afastou a cultura de internação estabelecida pelo antigo “Código de Menores” (Lei nº 6.697/79). Segundo Barros (2018, p. 21),

Percebe-se que o Código de Menores de há muito já estava em dissonância com a compreensão jurídica e social sobre a forma de tratamento da peculiar situação de crianças e adolescentes. A Constituição da República claramente trilha um novo rumo ao mencionar que a infância e a juventude têm de ser tratadas com absoluta prioridade.

Atendendo ao Protocolo Facultativo referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (Decreto nº 5.007/04), foi inserido no ECA a possibilidade de infiltração de agentes da polícia para investigação de crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente, com o aumento à proteção.

Merece elogio, igualmente, o atendimento (ainda que tardio e impositivo) da recomendação estabelecida pela CIDH, para adoção de medidas visando simplificar e agilizar processos baseados em violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal fato

ocorreu na condenação do país no Caso 12.051 (Maria da Penha v. Brasil). A consagrada autora Maria Berenice Dias (2019, p. 16/17) esclarece que:

Apesar de, por quatro vezes, a Comissão ter solicitado informações ao governo brasileiro, nunca recebeu nenhuma resposta. Em 2001 o Brasil foi condenado internacionalmente. (...) Só então o Brasil resolveu dar cumprimento às convenções e tratados internacionais que segue. Daí a referência, na ementa da Lei, à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – a chamada Convenção de Belém do Pará.

Não fosse a ordem internacional, talvez jamais o tratamento diferenciado contra a violência à mulher seria alterado pela lei. Num legislativo de maioria masculina em um país eminentemente machista, a violência contra a mulher dificilmente seria pauta. Tanto isso é verdade que a Lei n 11.340/06 foi de iniciativa do Poder Executivo, em colaboração com outras de cinco Organizações Não Governamentais – ONGs atuantes nas causas dessa esfera. Este novo regramento alterou a compreensão jurisprudencial acerca do tema, buscando o judiciário aplicar a lei, com suas peculiaridades, de forma a combater a violência doméstica e acelerar os atos praticados na persecução penal, principalmente em acerca da adoção de medidas protetivas de urgência. Ainda que não tenha eliminado, serviu a lei para reduzir (ou tentar reduzir) os números de violência contra a mulher.

Outros avanços devem ser reconhecidos, como a implementação do Estatuto dos Refugiados, por meio da Lei n° 9.474/97; a proteção da apatridia estabelecida pela nova Lei de Migração, atendendo à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e, especialmente, a promulgação de três tratados de direitos humanos com força de emendas constitucionais (Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, Convenção dos Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo).

Por fim, merece destaque recente decisão do STF, que estendeu a aplicação da Lei n° 7.716/89 (Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) para punição de condutas homofóbicas e transfóbicas, em virtude da ausência de proteção legal às referidas minorias, por evidente inércia do legislativo (ADO 26/DF e MI 4733/DF). Esta decisão atende aos Princípios de Yogyakarta sobre orientação sexual, principalmente o de n° 5, referente ao segurança pessoal e proteção do Estado contra violência por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

3. CONCLUSÃO

A influência da dos compromissos internacionais celebrados pelo Brasil na ordem jurídica interna não somente é benéfica ao país, como necessária e atual. Todavia, deve-se recordar que o Brasil está em descompasso com diversos compromissos internacionais, principalmente em termos relacionados à: justiça de transição, por adotar uma Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) impeditiva à punição de violadores de direitos humanos, o que é inadmissível pela CIDH e incompatível com a Convenção (Caso n. 11.552 – Caso Guerrilha do Araguaia); sistema prisional, tendo o STF reconhecido um Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 3447MC/DF); violência policial, com crescente aumento de mortes decorrentes de intervenções policiais, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (p. 66).

São grandes os avanços estabelecidos pelo peso do direito internacional, especificamente no eixo dos direitos e garantias fundamentais, por normas impositivas (jus cogens), sugestivas (soft law) ou decisões e petições apresentadas às cortes, comissões e comitês dos sistemas de proteção.

Esses avanços, entretanto, são insuficientes para afirmar que o país esteja, de fato, cumprindo com o seu papel. Não obstante isso, a adesão a instrumentos que permitem a fiscalização do Estado por organismos internacionais, como revisões periódicas, monitoramento pelos pares (*peer review*), Revisão Periódica Universal, a autorização da entrada de peritos no território, dentre outros instrumentos, são fortes indicativos de esforços pelo Estado na busca pela consagração dos direitos humanos fundamentais internamente e perante a sociedade internacional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2019**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1480/SP. Rel: Min. Celso de Mello**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. **ADO n. 26/DF. Rel: Min. Celso de Mello**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. **RE n. 636.331/RJ. Rel: Min. Gilmar Mendes.** Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>.
Acesso em: 17 jan. 2020.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, **Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**, 2001.

_____, **Caso 11.552, Relatório 33/01, Julia Gomes Lund e outros v. Brasil**, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6 ed. rev., e atual. – Salvador: JusPodivm, 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.