BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 970

(Ano XII)

(08/08/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Abuso de autoridade e procedimento: desvelando o complexo na pele do simples
Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

O tempo de convivência e a influência no reconhecimento da união estável: análise a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Victoria Alexia Costa-Melo, 12.

Doutrina da Proteção Integral e a Lei do SINASE (Lei 12.594/12): Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais das Crianças e Adolescentes
Alex Jordan Soares Monteiro Mamede, 38.

A influência dos discursos de gênero no aumento de casos de feminicídio
Claudineia Gomes Brito, 60.

A realização de pesquisas auxiliares nas execuções, cumprimentos de sentença e requisições de pagamento em face da União
Elder Soares da Silva Calheiros, 77.

Relações biográficas de Joaquim Cardozo com o complexo arquitetônico da Pampulha, Belo Horizonte-MG: sugestão de legislação para sua homenagem toponímica em parque municipal urbano no entorno da barragem
Vagner Luciano de Andrade, 86.

O delito de tortura na ordem internacional e suas implicações no contexto jurídico e sociopolítico brasileiro
Suellen Elissa Zaparoli Pedroso e Larissa Pizzotti Faiçal, 123.

Uma breve apreciação dos serviços extrajudiciais prestados pelos Cartórios, em especial o Tabelionato de Notas e o instrumento da ata notarial, sua finalidade e utilização como meio de provas no direito civil brasileiro.
Antonio Augusto Vilela, 156.

Tributação e cidadania: uma questão de educação fiscal.
João Paulo Domingos de Sousa, 204.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os benefícios despenalizadores da lei 9.099/1995: avanço para desburocratização e celeridade da prestação jurisdicional nos crimes de menor potencial ofensivo
Arthur de Oliveira Ramalho Neto, 221.

Interpretação do direito e do discurso jurídico: uma análise sobre tipos e métodos de interpretação com base na hermenêutica jurídica
Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 258.

Prazo decadencial em matéria tributária
Raimundo Francisco Filho, 273.

Substituição tributária nas operações subsequentes do ICMS: reflexões acerca de sua constitucionalidade.
Ana Paula Carneiro Peroni, 289.

Poliamor: a responsabilidade jurídica diante das novas formas de relacionamentos poliafetivos.
Fábio dos Santos Silva Galvão da Costa, 303.

Gratuidade judiciária: a evolução na adoção de critérios mais sólidos para a concessão da benesse legal pelo TRF da 4ª Região
Maria do Carmo Goulart Martins Setenta, 319.

Transmissão dolosa do vírus HIV: Aspectos Jurídicos Frente Ao Direito Penal
Giovanna Martins de Aguiar Cordioli, 344.

O teletrabalho e a deturpação do princípio da eficiência
Elder Soares da Silva Calheiros, 359.

Alfredo Ceschiatti e o conjunto moderno da Barragem Pampulha em Belo Horizonte-MG: dados biográficos e proposta de homenagem toponímica em parque urbano municipal no entorno
Vagner Luciano de Andrade, 366.

A norma tributária como instrumento para a cidadania: o IPTU-cidadão.
João Paulo Domingos de Sousa, 406.

A aplicação e a força normativa dos enunciados do FONAJE nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis
Natalia Teixeira Monteiro, 422.

Uma das formas utilizadas nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis para a tentativa de integração da lei e padronização de procedimentos é através da aplicação dos enunciados expedidos pelo Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE). ...

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 432.

O princípio da separação dos Poderes e a Súmula 397 do STF.
Davidson Daniel Leal, 444.

As Sociedades Limitadas e a Instrução Normativa nº 81/20 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração
Filipe Alves de Lima Costa, 449.

A teoria dos direitos humanos de Beitz e o controle de convencionalidade
Maria Do Carmo Goulart Martins Setenta, 456.

Medicina legal no ordenamento jurídico e sua aplicabilidade no Direito Processual Penal
Thomaz Daniel de Oliveira e Layla Andressa Matos de Lara, 464.

Feminismo e criminologia: uma análise dos casos julgados pela Corte Interamericana de direitos humanos
Maria do Carmo Goulart Martins Setenta, 500.

Princípio acusatório x Juiz inquisidor: Uma análise crítica acerca do constitucionalismo processual penal e garantismo penal
Camila Caires Rangel, 516.

Empregado público em comissão no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista: uma análise à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho
Italo Goncalves Matos, 526.

Da (im) possibilidade de renegociação dos alugueis em razão da pandemia do Corona vírus.
Igor Veiga Carvalho Pinto Teixeira, 541.

O Resgate do Brasil e do Direito Ambiental Internacional
Thiago dos Santos Dias, 545.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABUSO DE AUTORIDADE E PROCEDIMENTO: DESVELANDO O COMPLEXO NA PELE DO SIMPLES

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

Ao contrário da antiga Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/65), a nova legislação (Lei 13.869/19) não apresenta um procedimento especial para os crimes nela previstos, apenas indicando a aplicação natural do Código de Processo Penal e da Lei 9.099/95 naquilo que couber, ou seja, de acordo com as regras desses dois diplomas legais. Lembremos ainda que, mesmo durante a vigência da Lei 4.898/65, tendo em vista a pena máxima de somente 6 (seis) meses prevista naquele diploma para os crimes de abuso de autoridade, o procedimento especial previsto na legislação enfocada acabou afastado e substituído pelo rito da Lei 9.0999/95.

Observe-se, contudo, que algumas autoridades são dotadas de foro por prerrogativa de função e nesses casos serão aplicadas as normas procedimentais relativas aos processos de competência originária dos respectivos tribunais (Lei 8.038/90 – STF e STJ; e Lei 8.658/93 – TJ e TRF). [1] Destaque-se, porém, que os referidos Tribunais deverão aplicar, no que couber, os benefícios da Lei 9.099/95 aos seus jurisdicionados.

Segundo Gabriela Marques e Ivan Marques [2] nos demais casos serão seguidas as regras para identificação do procedimento comum aplicável a cada infração, conforme determinado no artigo 394 e parágrafos, CPP. Em resumo, de acordo com esses autores, bastará observar a pena máxima abstratamente cominada em cada tipo penal. Se a pena máxima cominada abstratamente no tipo for igual ou superior a 4 (quatro) anos, o procedimento será o ordinário (artigo 394, § 1º., I, CPP). Acaso a pena máxima abstratamente cominada não seja superior a 2 (dois) anos, será aplicado o procedimento sumaríssimo, que corresponde àquele previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95 c/c artigo 394, § 1º., III, CPP). Em caso de alguma lacuna nos respectivos procedimentos, esta será colmatada pelas regras do procedimento ordinário, conforme determina o arrigo 394, § 5º., CPP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Interessante notar que observando as penas máximas previstas abstratamente para os tipos penais da Lei 13.869/19, só haveria casos de procedimento ordinário e sumaríssimo, considerando a posição dos autores ora em enfoque. Não há nenhum ilícito ali previsto para o qual caiba o procedimento sumário, já que não há crimes com penas inferiores a 4 (quatro) anos e superiores a 2 (dois) anos (inteligência do artigo 394, § 1º., incisos II e III, CPP).

Há, porém, uma situação específica na qual seria possível a aplicação das regras do procedimento sumário a crimes de abuso de autoridade de menor potencial ofensivo. Há casos da Lei 9099/95 que podem ser remetidos ao juízo comum (vide art. 77, § 2º c/c 66, Parágrafo Único da Lei 9099/95). Nestes casos seria aplicado o procedimento sumário do Código de Processo Penal para as infrações de menor potencial processadas no juízo comum, conforme expressamente determina o artigo 538, CPP.

Entretanto, esse entendimento dos autores Gabriela Marques e Ivan Marques não é pacífico.

Considerando que os crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade são de responsabilidade de funcionários públicos, entende-se que a eles seria aplicado o rito especial previsto nos artigos 513 a 518, CPP, que regula o "processo e julgamento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos". Neste sentido, inclusive apontam Leitão Júnior e Oliveira [3] o Enunciado 24 do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (CNCCCRIM), nos seguintes termos:

"Os crimes de abuso de autoridade com pena máxima superior a dois anos, salvo no caso de foro por prerrogativa de função, são processados pelo rito dos crimes funcionais, observando-se a defesa preliminar do art. 514 do CPP".

Também apontam o Enunciado 25 dos mesmos grupos, o qual "exclui do rito especial" particulares que tenham agido em concurso com o funcionário público:

"Por ser privativa do servidor público, o particular concorrente no crime de abuso de autoridade não faz jus à preliminar contestação prevista no artigo 514, CPP".

Não obstante o conteúdo do citado Enunciado 25, há que ressalvar que o particular terá sim, seja qual for o entendimento quanto ao rito (comum ou especial), direito à "Resposta à Acusação", não nos termos do artigo 514, CPP, mas de acordo com o disposto nos artigos 396 c/c 394, § 4º., CPP e ainda artigos 395 a 397, CPP. Em

nosso entendimento, inclusive, o próprio agente público terá o direito à "Resposta à Acusação" de acordo com esses dispositivos do Código de Processo Penal, que são aplicáveis a todos os procedimentos do Código ou de leis esparsas nos processos de primeiro grau de jurisdição (inteligência do artigo 394, § 4º., CPP). Na verdade, a Lei 11.719/08, em nosso entender, revogou tacitamente o disposto no artigo 514, CPP, ao tratar inteiramente da matéria referente à "Resposta à Acusação", determinando que esse novo procedimento tivesse aplicação geral, sem qualquer limitação ou exceção, até mesmo com relação a leis especiais (inteligência do artigo 2º., § 1º., da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto – Lei 4.657/42). A nosso ver a insistência na vigência do artigo 514, CPP violaria a nova sistemática adotada pela Lei 11.719/08, minimizando o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como mantendo uma afronta à proporcionalidade que sempre existiu nesse dispositivo, qual seja, o fato de que a chamada "resposta preliminar" somente seria aplicável aos casos de crimes "afiançáveis". Esse último aspecto perde bastante importância com o novo tratamento da afiançabilidade pelo Código de Processo Penal (artigo 323, CPP), mas, de qualquer forma, trata-se de uma violação, ainda que meramente teórica no atual cenário, ao Princípio da Proporcionalidade, uma vez que, em tese, em havendo um crime inafiançável, quando a ampla defesa e o contraditório deveriam ser mais efetivos ainda, não haveria previsão da defesa preliminar. E isso pode ocorrer desde que o legislador, por exemplo, erija a crime hediondo algum ou alguns crimes funcionais, matéria esta que, inclusive, é objeto de propostas legislativas.

Sobre o tema da revogação tácita do artigo 514, CPP e mesmo do procedimento especial enfocado, apresenta Marcão [4] os entendimentos nesse mesmo diapasão de Pacelli [5] e Lopes Júnior, chegando este segundo a mencionar uma "ordinarização do procedimento especial" em face ao disposto no artigo 394, § 4º., CPP. [6] Não obstante, Marcão apresenta o fato, bem documentado em sua obra, de que os tribunais superiores (STF e STJ) têm proferido reiteradamente decisões, versando sobre a aplicação do rito especial dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, o que está a indicar que, segundo essa relevante jurisprudência, continuam aplicáveis as regras dos arts. 513 a 518, CPP. [7]

Revisando o entendimento de Leitão Júnior e Oliveira, a situação seria a seguinte:

a)Os funcionários públicos processados por abuso de autoridade, em regra, seriam submetidos ao rito especial dos crimes de responsabilidade de funcionário público, previsto no CPP;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b)Os funcionários públicos processados por abuso de autoridade, cuja pena máxima abstrata for igual ou inferior a 2 (dois) anos (infrações de menor potencial ofensivo), seriam submetidos ao rito sumaríssimo, nos termos do artigo 394, § 1º., III, CPP c/c Lei 9.099/95.

c)Os funcionários públicos processados por abuso de autoridade, mas dotados de foro por prerrogativa de função, seriam submetidos ao rito especial para os processos de competência originária dos Tribunais (Leis 8.038/90 e 8.658/93). Repita-se que os Tribunais deverão aplicar, no que couber, os benefícios da Lei 9.099/95 aos seus jurisdicionados em casos de infrações de menor potencial ofensivo.

Movendo-nos no seio do entendimento advogado por Leitão Júnior e Oliveira, resta uma dúvida não solvida. Acaso um funcionário público cometa abuso de autoridade que constitui infração de menor potencial, mas tal feito seja remetido ao Juízo Comum, deverá então ser aplicado o procedimento de crimes de responsabilidade de funcionários públicos ou o procedimento sumário, nos termos do artigo 538, CPP?

A nosso entender o artigo 538, CPP é regra especializante para os casos de infrações de menor potencial ofensivo, de modo que o procedimento a ser adotado em tais casos deve ser o sumário e não o de responsabilidade de funcionários públicos. Embora esse segundo procedimento seja classificado, em regra, como "especial", nesta situação específica, a especialidade se move para a regra excepcional do artigo 538, CPP. [8]

Retornando à discussão sobre o procedimento a ser adotado, Souza também comunga do entendimento de que

> os crimes que não são de menor potencial ofensivo previstos na Lei 13.869/2019 serão processados pelo rito especial dos crimes funcionais, previsto no art. 513 e ss. do Código de Processo Penal que se notabiliza pela possibilidade de apresentação e resposta preliminar (grifo no original). [9]

Não divergem dessa posição Greco e Cunha, apontando a aplicação do procedimento sumaríssimo (Lei 9.099/95) aos crimes de abuso de autoridade de menor potencial e o procedimento especial dos crimes de responsabilidade de funcionário público para os demais casos, salvo os de competência originária dos tribunais. Os autores fazem uma observação relevante: o artigo 518, CPP estabelece que no caso dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, no seguimento da instrução e julgamento serão aplicadas as regras do rito ordinário. [10]

Reiteramos nossa visão de que o procedimento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos se *"notabilizava"* (verbo no passado) pela existência de previsão de uma resposta preliminar ou prévia antes do recebimento da denúncia, que, em regra, nos outros procedimentos, era operado "inaudita altera pars". Atualmente essa resposta, chamada de "Resposta à Acusação" é aplicável a todos os procedimentos, seja da legislação codificada ou esparsa processual penal, nos termos do artigo 394, §4º. c/c 395 a 397, CPP, desde as reformas procedidas pela Lei 11.719/08. Portanto, não somente à fase instrutória em diante se aplicam as regras ordinárias, mas a todo o processo. Este é o nosso entendimento e de autores como Eugênio Pacelli e Aury Lopes Júnior, embora não seja o que vem sendo decidido pelo STF e pelo STJ, os quais validam as regras contidas nos artigos 513 a 518, CPP, mesmo após o advento da Lei 11.719/08 e suas reformas no que tange ao tema dos procedimentos no Processo Penal.

Após a pesquisa levada a efeito nos âmbitos doutrinário especializado e geral a respeito de procedimentos, bem como na jurisprudência das cortes superiores, deve-se registrar que predomina muito fortemente a tese de que aos crimes de abuso de autoridade se aplica o procedimento especial dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, salvo quando forem infrações de menor potencial ofensivo, quando se aplica a Lei 9.099/95 (procedimento sumaríssimo) ou o agente público gozar de foro por prerrogativa de função, quando se aplicam as normas do processo de competência originária dos tribunais (Lei 8.038/90).

Não obstante, nossa convicção é a de que a Lei 11.719/08, promoveu reforma nos procedimentos em consonância bem maior com o devido processo legal e seus corolários da ampla defesa e do contraditório, de modo a, por força do disposto no artigo 394, § 4º., CPP c/c 395 a 397 CPP, "ordinarizar" os procedimentos especiais. [11] Considerando que, como bem lembrado por Greco e Cunha, a partir da instrução, já é determinada a aplicação do procedimento ordinário, conforme artigo 518, CPP, mesmo no âmbito do procedimento especial dos crimes de responsabilidade de funcionário público, chega-se à conclusão de que realmente assiste razão à doutrina de Gabriela Marques e Ivan Marques, por primeiro exposta neste trabalho. Os procedimentos serão então selecionados de acordo com as regras do artigo 394 e parágrafos do Código de Processo Penal, ressalvados os casos de competência originária dos Tribunais (Lei 8.038/90), conforme preconizado por tais autores. No entanto, essa afirmação é feita com a ressalva de que se trata de um entendimento minoritário nosso, o qual, porém, em nossa compreensão, deveria ser o adotado de acordo com a melhor técnica interpretativa e, principalmente, de forma a dar máxima eficácia ao devido processo legal constitucionalmente estabelecido.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade.* Rio de Janeiro: Brasport, 2020.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

SOUZA, Sérgio Ricardo de, SILVA, Willian. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Curitiba: Juruá, 2020.

NOTAS:

[1] Observe-=se que a Lei 8.658/93, que estabelece o procedimento para os casos de competência originária dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, nada mais faz do que determinar a aplicação a tais Tribunais de segunda instância do procedimento já previsto para os casos de competência originária do STF e do STJ, ou seja, as normas da Lei 8.038/90.

[2] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019, p. 151 – 157.

[3] LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade.* Rio de Janeiro: Brasport, 2020, p. 318.

[4] MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 981 – 982.

[5] Cf. PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 803.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[6] Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 963.

[7] MARCÃO, Renato, Op. Cit., p. 982.

[8] Este é o entendimento também de Renato Marcão. Cf. MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 977.

[9] SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de* Autoridade. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 243. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 330 – 331. Também na mesma senda: SOUZA, Sérgio Ricardo de, SILVA, Willian. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 174.

[10] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 297 – 304.

[11] A expressão referente à "ordinarização dos procedimentos especiais" é pega de empréstimo do autor Aury Lopes Júnior, conforme acima já consignado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O TEMPO DE CONVIVÊNCIA E A INFLUÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VICTORIA ALEXIA COSTA-MELO:
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Tocantins - UFT;

HÉLVIA TÚLIA SANDES PEDREIRA [1]

(orientadora)

RESUMO: A união estável é conceituada como a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Contudo, não há na legislação atual a fixação de um lapso temporal mínimo para a sua configuração. O presente trabalho tem como problema central verificar, nos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a influência do tempo de convivência no reconhecimento da união estável. O artigo trouxe como objetivos a realização de um estudo da união estável na legislação, passando por sua conceituação e a apresentação de seus requisitos caracterizadores, até chegar às decisões do STJ. O método utilizado é o dedutivo e a técnica de revisão adotada foi a bibliográfica e documental. A metodologia utilizada para obter as decisões analisadas foi o emprego dos seguintes descritores: "tempo união estável", "configuração união estável" e "união estável elementos" no sítio de jurisprudência do STJ, entre os anos de 2017 a 2019. Retornaram 64 decisões, das quais foram excluídas 59, em razão da duplicidade ou impertinência, restando, assim, 05 decisões para esta pesquisa. Tais decisões permitem concluir que o tempo influencia na demonstração da estabilidade do relacionamento e possibilita a evidenciação dos demais requisitos caracterizadores da união estável, especialmente a presença do intuito de constituição de família.

Palavras-chave: União estável. Elementos. Reconhecimento. Tempo de convivência.

ABSTRACT: The stable union is understood as a public, continuous and lasting conviviality, with the objective of forming a family. However, in the current legislation, there is no minimum time frame for its configuration. The main problem of this study is to verify, at the Supreme Court (SC) judgments, the influence of the time of living together in the recognition of the stable union. The article brought as objectives the accomplishment of a study of the stable union in the legislation, going through its conceptualization and the presentation of its characterizing requirements until arriving at the decisions of the SC. The methodology adopted is the deductive and the review technique was bibliographic and documentary. The methodology used to obtain the SC decisions adopted the following terms: "stable union time", "stable

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

union configuration" and "stable union elements" on the jurisprudence website of the SC, between 2017 and 2019. Found 64 decisions, of which 59 were excluded, due to duplicity or impertinence, thus remaining 05 decisions to this research. The decisions allows us to conclude that the time influences the demonstration of the stability of the relationship and allows the evidence of other requirements that characterize the stable union, especially the presence of the intention of constituting a family.

Keywords: Stable Union. Elements. Recognition. Conviviality Time.

Sumário: 1. Introdução. 2. Recorte legislativo da união estável e sua evolução no ordenamento jurídico. 3. União estável: Conceito e requisitos caracterizadores: 3.1 União estável como desdobramento do princípio da dignidade humana; 3.2 Conceito de união estável no Código Civil de 2002 e seus requisitos caracterizadores; 3.2.1 O tempo de convivência para o reconhecimento da união estável. 4. Superior Tribunal de Justiça e o tempo de convivência no reconhecimento da união estável: Análise dos julgados no período de 2017 a 2019: 4.1 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.602.194/MG; 4.2 Recurso Especial nº 1.558.015/PR; 4.3 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.149.402/RJ; 4.4 Recurso Especial 1.678.437/RJ; 4.5 Recurso Especial nº 1.761.887/MS; 4.6 Relevância conferida pelo STJ ao lapso temporal no reconhecimento da união estável. 5. Considerações finais.

1.INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88, BRASIL, 2020a), em seu art. 226, §3°, reconheceu o instituto da união estável como uma entidade familiar, mas não se incumbiu de regulá-la, tampouco apresentou seu conceito e elementos caracterizadores.

Com o intuito de regular os direitos dos companheiros no âmbito da união estável, sobreveio a Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c), a qual apresentou como principal novidade a fixação do lapso temporal mínimo de 5 (cinco) anos de convivência como requisito para a concessão do direito à alimentos, o que passou a representar na verdade um elemento para caracterização da própria união estável e os direitos dela decorrentes.

Atualmente, a união estável é regulada pelo Código Civil de 2002 (CC/2002), em título próprio que trata unicamente do tema (BRASIL, 2020e). Ocorre que diante da revogação da Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c) e, ainda, de o CC/2002 não ter estabelecido nas normas um lapso temporal mínimo, restou uma verdadeira situação de vácuo legislativo no que diz respeito à relevância, ou não, do tempo de convivência na configuração da união estável, em especial devido a manutenção do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

requisito durabilidade pelo art. 1723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e), anteriormente previsto pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 2020d).

Tendo em vista o crescimento potencial do número do referido arranjo familiar no país, faz-se de suma importância o seu estudo e a compreensão dos elementos que o caracterizam. A ausência na norma de critérios objetivos quanto aos elementos caracterizadores essenciais e acidentais da união estável, dentre eles o tempo de convivência, vem gerando dissenso na jurisprudência desde ao lapso temporal a ser considerado até se o tempo pode ser reconhecido, ou não, como elemento caracterizador da união estável, razão pela qual o tema se reveste de relevância jurídica e social.

A fim de pesquisar essa temática, buscou-se realizar um trabalho que responda à seguinte indagação: como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem analisando o tempo de convivência para o reconhecimento da união estável?

Visando buscar uma resposta à pergunta norteadora a pesquisa traçou como objetivos a apresentação de um recorte legislativo da união estável até o advento do CC/2002 (BRASIL, 2020e), o estudo conceitual deste instituto e de seus requisitos caracterizadores à luz do Direito de Família e do Direito Constitucional e, por fim, a verificação da influência do critério temporal nos julgados de reconhecimento de união estável no STJ entre os anos de 2017 a 2019.

A metodologia utilizada consistiu na análise da legislação pertinente ao tema e na consulta na base de jurisprudência do sítio do STJ de decisões judiciais proferidas entre os períodos de 2017 a 2019 que versem sobre o reconhecimento da união estável, adotando os seguintes descritores: "tempo união estável", "configuração união estável", "união estável elementos".

A presente pesquisa adotou o método dedutivo, por meio da análise das decisões judiciais do STJ, bem como da utilização de estudos já realizados quanto ao objeto de investigação, isto é, a união estável e os seus elementos caracterizadores. O estudo tem natureza descritiva e exploratória, pois visa proporcionar mais informações sobre a união estável e seu reconhecimento judicial.

Ainda, a abordagem do problema possui caráter qualitativo, tendo em vista que as informações obtidas são utilizadas para compreender e interpretar a profundidade do assunto, ausente a finalidade de quantificação estatística dos dados.

Este artigo está organizado em 3 capítulos, sendo realizado, no primeiro deles, um recorte legislativo do tema união estável, com análise da legislação nacional até

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o advento do CC/2002 (BRASIL, 2020e), a fim de demonstrar a sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, estuda-se, de maneira pormenorizada, a união estável com seu conceito sob a perspectiva do direito civil e constitucional, bem como apresenta-se os entendimentos jurídicos acerca dos requisitos caracterizadores da união estável.

No terceiro capítulo, são analisadas as decisões jurisprudenciais do STJ que versem sobre o tema, com o objetivo de verificar a influência do elemento tempo de convivência nos julgamentos de reconhecimento, ou não, da união estável, bem como observar a valoração conferida aos demais elementos caracterizadores deste instituto.

2 RECORTE LEGISLATIVO DA UNIÃO ESTÁVEL E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de se partir ao estudo da união estável e os seus requisitos caracterizadores, mister se faz a apresentação dos principais diplomas legais referentes a união estável e sua regulamentação, desde a CRFB/88 (BRASIL, 2020a) que a reconheceu como entidade familiar, bem como a edição das Leis nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c) e Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 2020d), até o advento do CC/2002 (BRASIL, 2020e).

O grande marco histórico da união estável foi dado pela atual CRFB/88, promulgada em 05 de outubro de 1988, ao proclamar em seu art. 226, §3º: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 2020a).

Antes do reconhecimento do referido instituto, a legislação brasileira admitia tão somente o casamento como entidade familiar, não obstante muitas pessoas constituíssem relacionamentos amorosos optando por não casar. Tratava-se da figura do concubinato, uniões afetivas entre homem e mulher, sem casamento, ou porque não queriam casar, ou por que não poderiam mais se casar devido à existência de algum impedimento.

Contudo, com a promulgação da CRFB/88 (BRASIL, 2020a), o concubinato puro (união afetiva sem casamento entre pessoas desimpedidas) recebeu o status de entidade familiar, digno da mesma proteção jurídica conferida ao casamento, como aponta Zacarias (2010):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Até a vigência da Constituição Federal de 1988, a "família legítima" só poderia existir com o casamento civil, um ato extrajudicial. Mas depois dessa Constituição, além da família formada pelo casamento civil, passaram a ser reconhecidas as famílias monoparentais e as formadas pela união estável entre homem e mulher (ZARIAS, 2010, p. 9).

Assim, foi adotada a terminologia "união estável" para indicar essas relações afetivas existentes e despidas das formalidades exigidas para o casamento, as quais foram inseridas ao Direito de Família, não mais pertencendo ao Direito das Obrigações. Acerca do reconhecimento da união estável como entidade familiar pela CRFB/88 (BRASIL, 2020a), nota-se que a Carta Magna não a conceituou, tampouco a regulamentou, limitando-se tão somente a reconhecê-la como entidade familiar.

Nesse contexto é que foi editada a Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c), a primeira regulamentação expressa sobre as relações entre os companheiros. Tal dispositivo legal previu, em seu art. 1º como principal novidade, a fixação do lapso temporal de 5 (cinco anos) de convivência ou a existência de prole comum como requisitos para concessão do direito a alimentos no âmbito da união estável.

A Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c) foi duramente criticada, embora possua sua relevância como a primeira regulamentação da união estável. Uma das críticas diz respeito à técnica legislativa utilizada quando da previsão do direito a alimentos, uma vez que a norma estabeleceu diretamente os requisitos exigidos para sua concessão (existência de prole e o tempo de convivência por cinco anos), antes mesmo de prever tal direito explicitamente (XAVIER, 2015).

Ademais, outra crítica existente foi acerca da exclusão dos casados, mas separados de fatos, como pessoas que poderiam constituir a união estável, tendo em vista que o art. 1º da Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c) referiu-se somente ao homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo.

O estabelecimento do requisito temporal e existência de prole como requisitos para união estável também foi objeto de críticas, como ressalta Xavier (2015):

> [...] a condição de existência de prole não poderia ser requisito da união estável, pois muitos relacionamentos passageiros geram filhos, razão pela qual o elemento acidental previsto só poderia ser interpretado como condicionante da obrigação de alimentar, o que não parece ter sido a intenção do legislador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> nem a forma mais correta de exegese do dispositivo. (GAMA, 2001, apud XAVIER, 2015, p. 56).

No que diz respeito a tais requisitos, não restou claro, à época, se a existência de prole comum e os cinco anos de tempo de convivência seriam exigidos somente para a concessão de alimentos ou para a própria caracterização da união estável, prevalecendo esse segundo entendimento pela doutrina majoritária, apesar da divergência de interpretações:

> Na sequência do Texto Constitucional, foi editada a Lei nº 8.971/94, que veio a disciplinar o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, impondo como requisitos para a configuração da união estável que os companheiros fossem solteiros, divorciados ou viúvos e que houvesse uma convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole. (FARIAS; ROSENVALD, 2017b, p. 462).

Questionou-se, ainda, o fato que a lei não fez qualquer menção aos temas abordados pela Lei nº 6.515/77 (BRASIL, 2020b), a qual regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, bem como seus efeitos, o que gerou incerteza acerca do regime jurídico existente entre os companheiros no âmbito da união estável.

Após menos de dois anos da promulgação da Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c), sobreveio novo diploma legal relativo à união estável, a Lei nº 9.278/96, editada com o intuito de regular o §3º do art. 226 da CRFB/88 (BRASIL, 2020a). A Lei nº 9.278/96 inovou em, finalmente, apresentar o conceito do instituto, como a "convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição da família" (BRASIL, 2020d).

Ao contrário da Lei nº 8.971/94, esta não estabeleceu um lapso temporal para a constituição da união estável e nem o requisito de existência de existência de prole comum. Assim, a configuração da união estável passou a depender da análise do caso concreto, a fim de constatar a convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, conforme previsto pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96 (XAVIER, 2015).

O art. 2º da Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 2020d), por sua vez, estabeleceu os direitos e deveres dos conviventes, quais sejam o respeito e consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos comuns, enquanto o art. 5º do mesmo diploma legal tratou da meação sobre os bens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adquiridos onerosamente por um ou ambos os conviventes, aproximando a união estável do regime da comunhão parcial de bens, salvo estipulação em contrário.

Já o art. 7º do referido dispositivo legal instituiu o direito a assistência material no âmbito da união estável e o art. 8º, por seu turno, tratou da possibilidade de conversão da união estável em casamento, estabelecendo que os conviventes podem solicitar a conversão junto ao Oficial de Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio (BRASIL, 2020d).

Por fim, o art. 9º da Lei nº 9.278/96 estabeleceu a competência do Juízo de Família para dirimir toda a matéria relativa à união estável, acabando com qualquer controvérsia existente acerca da competência material para apreciação das questões concernentes às uniões estáveis. Assim, qualquer conflito deveria ser tratado, a partir de então, nas Varas de Família (BRASIL, 2020d).

Com o advento do CC/2002, o tema união estável foi incorporado ao Direito de Família, com capítulo específico dentro do Livro IV – Do Direito de Família, no qual é regulada em poucos dispositivos (arts. 1723 a 1727). No que diz respeito ao seu conceito, o art. 1723 do CC/2002 limitou-se a reproduzir o conceito previsto no art. 1º da Lei 9.278/96 (BRASIL, 2020d), definindo-a como "convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família" (BRASIL, 2020e).

Segundo os dispositivos mencionados, a existência de impedimentos para o casamento, previstos no art. 1521 do CC/2002, será a priori um obstáculo para o reconhecimento da união estável, salvo a exceção do art. 1.521, VI, quando a pessoa se achar separada de fato ou judicialmente (art. 1.723, §1º). Ademais, as causas suspensivas do art. 1.523 do CC/2002 não impedirão o reconhecimento da união estável (BRASIL, 2020e).

Ainda, o art. 1.724 do CC/2002 dispõe que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, ao passo que o art. 1.725, por sua vez, prevê que os companheiros podem celebrar contrato acerca de seu regime patrimonial, sendo que sua ausência implicará a aplicação, no que couber, do regime de comunhão parcial de bens (BRASIL, 2020e).

Por fim, o art. 1.726 do CC/2002 dispõe que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil, enquanto o art. 1.727 do diploma civil define como concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar (BRASIL, 2020e).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Venosa (2017, p. 58), "essas disposições constantes ao Código Civil de 2002 são um péssimo exemplo legislativo e longe estão de estarem isentas de dúvidas, razão pela qual requerem um intenso trabalho interpretativo e jurisprudencial".

Concluído o estudo sobre o recorte legislativo da união estável, em que foram apresentados os marcos legais do referido instituto, passa-se, então, ao estudo do conceito da entidade familiar em comento e de seus requisitos caracterizadores.

3 UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO E REQUISITOS CARACTERIZADORES

3.1 União estável como desdobramento do princípio da dignidade humana

Logo no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, o princípio da dignidade da pessoa humana é elencado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal princípio confere ao ser humano o mínimo de respeito e condições para que ele possa coexistir em sociedade, de modo que se busca assegurar o mínimo de dignidade que ele possa ter para existir (BRASIL, 2020a).

A proteção jurídica atribuída à família e a à união estável pela Carta Magna em seu art. 226, §3º, está em plena harmonia com o referido princípio fundamental de proteção à pessoa humana, o qual representa valor-fonte de todo o ordenamento jurídico, a base de todos os direitos fundamentais. Assim, sob a ótica do direito constitucional, ao prever a proteção à família, compreende-se que o Estado brasileiro visa, na realidade, à proteção dos sujeitos que à compõem (XAVIER, 2015).

Sob essa perspectiva, a disciplina da união estável ou de qualquer outra entidade familiar deve garantir proteção especial aos seus componentes, sem discriminações ou tratamento desigual, uma vez que isso implicaria em negar proteção à própria pessoa humana, em evidente violação ao comando constitucional.

Portanto, nota-se a incompatibilidade entre querer assegurar a um cidadão uma vida digna, mas impedi-lo de constituir família da forma que o deseja, razão pela qual o mandamento constitucional do art. 226, §3º, da CRFB/88 (BRASIL, 2020a), representou verdadeiro avanço ao reconhecer a união estável como entidade familiar, restando claro no ordenamento jurídico brasileiro que o sujeito que opta por conviver com outrem sem formalidades é merecedor da mesma proteção jurídica daquele que opta pela realização do casamento.

3.2 Conceito de união estável no Código Civil de 2002 e seus requisitos caracterizadores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O CC/2002, ao regulamentar o art. 226, §3º, da CRFB/88 (BRASIL, 2020a), estabeleceu o conceito da união estável em seu art. 1.723, segundo o qual "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (BRASIL, 2020e). Como se vê, trata-se de verdadeira transcrição do mesmo conceito previsto anteriormente pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 2020d).

A união estável consiste em uma situação de fato existente entre duas pessoas desimpedidas para casar, que vivem juntas como se casadas fossem, configurando assim uma entidade familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2017). No mesmo sentido, Venosa (2017) define a união estável como um fato jurídico, isto é, um fato social que gera efeitos jurídicos.

A respeito da natureza da união estável como um fato social, Azevedo (2003, p. 255) aponta que:

> Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros 'o papel passado'. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para se separarem. (apud TARTUCE, 2019, p. 490).

A interpretação conceitual da união estável perpassa pela compreensão dos seus próprios elementos caracterizadores. A redação do art. 1.723 do CC/2002 ressalta a existência de pelo menos quatro elementos essenciais desta entidade familiar, são eles: a) publicidade; b) continuidade; c) estabilidade; e d) objetivo de constituição de família (BRASIL, 2020e).

Inicialmente, a norma exige que o relacionamento seja revestido de publicidade, também conhecida como notoriedade. O casal deve estar exposto no meio social, como se casado fossem. A união afetiva necessita ser conhecida pelas pessoas, não podendo ser uma união mantida em segredo, de maneira desconhecida na sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Gagliano e Pamplona Filho (2017), "a ideia de o casal ser reconhecido socialmente como uma família, em uma convivência pública, é fundamental para a eventual demonstração judicial da existência de união estável." Ademais, para esses autores, a publicidade permite diferenciar a união estável de um mero caso, mantido em segredo.

Outro importante elemento caracterizador da união estável diz respeito a continuidade do relacionamento, que pressupõe a convivência sem interrupções, com intenção de permanência e definitividade, e não eventualidade, de modo que ausente a continuidade, o relacionamento não é admitido como união estável.

Ainda, o art. 1.723 do CC/2002 prevê a necessidade de um elemento subjetivo cuja existência é essencial para a caracterização da união estável (BRASIL, 2020e). Trata-se do ânimo ou objetivo de constituir família entre os conviventes, isto é, o firme propósito de formação de família, com realização já no tempo presente, como leciona Gonçalves (2018):

> O requisito em apreço exige a efetiva constituição de família, não bastando para a configuração da união estável o simples animus, o objetivo de constituí-la, já que, se assim não fosse, o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar, seria equiparado à união estável. (GONÇALVES, 2018, p. 293).

O intuito de constituir família consiste no requisito subjetivo que permite a diferenciação entre a união estável e outras figuras, como, por exemplo, o namoro prolongado, afinal os namorados, por mais que estejam há muito tempo juntos, não convivem como se casados fossem. Também distancia a união estável da semelhança com o noivado, pois neste as partes desejam se casarem e constituir família no futuro, enquanto na união estável os companheiros já vivem como casados (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Observa-se que outro requisito essencial caracterizador da união estável seria a dualidade de sexos, tendo em vista que o art. 1.723 do CC/2002 dispõe que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher" (BRASIL, 2020e). Anteriormente, a união de duas pessoas do mesmo sexo – uniões homoafetivas – não geravam qualquer direito, independentemente do tempo de convivência.

Essa situação perdurou até o ano de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconheceu a união

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

homoafetiva como entidade familiar, regida pelas mesmas regras que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais (GONÇALVES, 2018).

Nesse sentido, Maués (2015) ressalta que:

> Como é sabido, o STF fez um amplo uso do direito à igualdade na sua decisão, o que se pode exemplificar com o voto do Ministro Ayres Britto (Relator). [...] O Ministro inicia seu voto abordando as uniões homoafetivas como aquelas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público, continuidade e propósito de constituição de uma família, recordando ainda que, de acordo com a Constituição de 1988, o critério do sexo não pode ser utilizado como "fator de desigualação jurídica", salvo "expressa disposição constitucional em contrário". Isso implica reconhecer que está vedado o "tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos" e que o "bem de todos", previsto pela Constituição, também se alcança por meio da "eliminação do preconceito de sexo". (MAUÉS, 2015, p. 17).

Assim, prevalece hoje o entendimento jurisprudencial estabelecido pela Corte, pelo qual a união estável não necessita ser oriunda de união heterossexual, razão pela qual a imprescindibilidade da dualidade de sexos para o referido instituto é atualmente superada pela doutrina e jurisprudência.

3.2.1 O tempo de convivência para o reconhecimento da união estável

Após realização do estudo conceitual da união estável e da apresentação dos seus elementos caracterizadores, ressalta-se a existência do requisito caracterizador da união estável ainda faltante: a durabilidade ou estabilidade da relação amorosa.

O requisito caracterizador estabilidade ou durabilidade foi instituído no art. 1.723 do CC/2002 ao prever que o relacionamento a ser reconhecido como união estável deva ser duradouro (BRASIL, 2020e), adentrando assim no aspecto temporal da convivência do casal, foco central da presente pesquisa.

Salienta-se que com o advento do CC/2002, o lapso temporal mínimo de 5 (cinco) anos de convivência para o reconhecimento da união estável, previsto pela Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 2020c) foi abolido, uma vez que o CC/2002 não assentou nada nesse sentido (BRASIL, 2020e). A esse respeito, Madaleno (2018, p. 1.448) leciona que "andou bem o legislador ao afastar um prazo mínimo para reconhecer a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

existência de uma união estável, porque importa ao relacionamento a sua qualidade e não o tempo da relação".

Farias e Rosenvald (2017), por sua vez, ao tratar do estabelecimento de um prazo mínimo de convivência para a configuração da união estável, enfatizam que:

> Por óbvio, convém rechaçar, de logo, que a durabilidade esteja conectada à exigência de algum lapso temporal mínimo. Não se exige, como visto alhures, prazo mínimo de convivência, dependendo a caracterização da união estável das circunstâncias concretas de cada caso. [...] Confere-se, então, ao intérprete, casuisticamente, a tarefa de verificar se a união perdura por tempo suficiente para a estabilidade familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 480).

Nesse sentido, muito embora a regulamentação atual deste instituto não estabeleça um prazo mínimo de duração para a sua configuração, ressalta-se que pelo atual diploma civil a durabilidade do relacionamento permanece como um requisito indispensável para a caracterização da união estável, razão pela qual surge a dúvida quanto à valoração que deve ser conferida ao requisito temporal.

Conquanto o 1.723 do CC/2002 estabeleça expressamente a durabilidade do relacionamento como um requisito caracterizador essencial (BRASIL, 2020e), a constatação de quanto tempo é suficiente para considerar este requisito preenchido é realizada casuisticamente pelo magistrado, tendo em vista a ausência de fixação de parâmetros objetivos na norma civil. O juiz deve, portanto, verificar, caso a caso, se a união perdura por tempo bastante ou não para o reconhecimento da união estável.

Outro entendimento existente acerca do tempo de convivência é que este é na verdade um elemento acidental, bem como a existência de prole e a coabitação do casal. Elementos acidentais consistem em circunstâncias fáticas que, embora não sejam essenciais para caracterização da união estável, podem vir a corroborar a alegação de sua existência, de modo a contribuir para o seu consequente reconhecimento judicial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Contudo, esse entendimento doutrinário quanto a natureza acidental do elemento tempo de convivência gera incerteza, tendo em vista que nesse sentido o tempo de convivência seria compreendido como um elemento caracterizador complementar, e não indispensável a sua caracterização, sendo que, por outro lado, o próprio art. 1723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e) prevê expressamente dentre seus requisitos essenciais que para a configuração da união estável a convivência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

deve ser duradoura, razão pela qual depreende-se que a durabilidade seria um elemento caracterizador essencial, e não acidental.

Além disso, pela análise do art. 1.723 do CC/2002, é possível verificar que se trata de um enunciado normativo com diversos conceitos - convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família - (BRASIL, 2020e), verdadeiras cláusulas gerais, as quais necessitam ter o seu conteúdo preenchido por meio da observação e valoração do caso concreto pelo aplicador. Nesse sentido, Tartuce (2019) aponta a existência de uma cláusula geral para a caracterização da união estável, tendo em vista a subjetividade de seus elementos essenciais.

A cláusula-geral é caracterizada pela previsão normativa de uma situação fática vaga e um efeito jurídico indeterminado, sendo ainda maior que no conceito jurídico indeterminado, pois além ser vaga a hipótese de incidência da norma, é indeterminado o seu efeito jurídico. (NEVES, 2018).

A norma civil, ao estabelecer os elementos "convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituição de família", sem a fixação de critérios objetivos, a exemplo um lapso temporal mínimo, tende a possibilitar o seu alcance e aplicação ao máximo de situações possíveis, além de garantir o dinamismo da norma. Entretanto, segundo o autor Martins-Costa (2016, p. 134, apud TRÉS, 2018, p. 468), a vagueza e a imprecisão do significado de uma norma de cláusula geral geram incerteza se determinados casos se enquadram ou não no enunciado normativo.

Em razão da informalidade da união estável pela prescindibilidade de ato constitutivo, e ainda, de fatores como a vagueza da regulamentação referente ao tema e a essencialidade de um elemento caracterizador subjetivo para o reconhecimento da união estável (objetivo de constituição de família), infere-se pela dificuldade da constatação da união estável.

Destarte, segundo Tartuce (2019), a jurisprudência tem variado muito na apreciação do reconhecimento da união estável:

> Não há qualquer requisito formal obrigatório para que a união estável reste configurada, tal como a necessidade de elaboração de uma escritura pública entre as partes ou documento diverso, ou de uma decisão judicial de reconhecimento, sendo que justamente por isso, a jurisprudência tem variado muito no enquadramento da união estável. (TARTUCE, 2019, p. 491).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, malgrado a doutrina majoritária compreenda o tempo de convivência como um elemento meramente acidental, há de se ponderar o lapso temporal como um elemento caracterizador essencial para o reconhecimento da união estável, tendo em vista que o art. 1723 do diploma civil estabelece a durabilidade como um de seus elementos essenciais, e falar de durabilidade significa falar, inegavelmente, do tempo de convivência do casal, mas a questão é: quanto tempo? Como o STJ tem analisado o tempo de convivência nas ações de reconhecimento da união estável?

Observa-se ainda que, diante da previsão normativa abstrata da união estável, o estabelecimento de um lapso temporal mínimo poderia trazer significativa contribuição no que diz respeito à segurança jurídica e a um mínimo de previsibilidade das decisões judiciais concernentes ao reconhecimento da união estável.

4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O TEMPO DE CONVIVÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DOS JULGADOS NO PERÍODO DE 2017 A 2019

Uma vez realizado o estudo da união estável e seus requisitos caracterizadores, notadamente da durabilidade do relacionamento, serão abordados no presente capítulo, em atenção aos objetivos traçados para essa investigação, os fundamentos adotados pelo STJ em decisões relativas ao reconhecimento ou não da união estável, a fim de compreender como o STJ tem analisado o tempo de convivência, bem como observar a valoração conferida aos demais elementos caracterizadores deste instituto.

Foram empregados os descritores: “tempo união estável”, “configuração união estável” e “união estável elementos”, no sítio de pesquisa de jurisprudência do STJ para busca de decisões proferidas entre os anos de 2017 a 2019 que versem sobre o reconhecimento ou não da união estável e seus requisitos.

O emprego dos referidos descritores resultou no quantitativo de 64 decisões, das quais foram excluídas 59, em razão de duplicidade ou impertinência. Assim, foram retornadas 05 decisões que guardam relação com o objeto da presente pesquisa, as quais subsidiaram a elaboração de seus resultados, expostas a seguir.

4.1 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.602.194/MG

O Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.602.194/MG (BRASIL, 2020h) trata originariamente de ação declaratória de reconhecimento do restabelecimento da sociedade conjugal com pedido alternativo de reconhecimento de união estável,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ajuizada pela recorrente em face dos herdeiros do falecido, com quem a autora foi casada por mais de 34 anos, alegando que, após a separação judicial do casal, em outubro de 2003, houve a caracterização da união estável no período antecedente ao falecimento do ex-cônjuge.

O pedido foi julgado improcedente e embora a apelante tenha pugnado pelo reconhecimento da união estável que teria se caracterizado no curto interregno de 5 (cinco) meses entre a separação do casal, em outubro de 2003, e o falecimento do ex-cônjuge, ocorrido em março de 2004, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento ao recurso.

Os fundamentos que embasaram o desprovimento do recurso pelo Tribunal foram, em síntese, que o contexto probatório indica que o casal, possuidor de vasto patrimônio e sem filhos comuns, manteve contato e laços de amizade após a separação consensual, contudo não restou caracterizada a existência de união estável. Ademais, para o Tribunal de origem, o lapso temporal de 5 (cinco) meses não se mostrou suficiente para a caracterização da união estável alegada.

Para o Ministro Raul Araújo (Relator), cujo voto prolatado foi acompanhado pelos demais julgadores, as provas produzidas pela agravante não demonstram a situação de reconciliação do casal ou de continuidade da vida em comum após a separação definitiva:

> As provas produzidas demonstraram que o casal separou-se definitivamente, não se revelando no período de doença do ex-esposo reconciliação ou continuidade da vida em comum, e sim laços de amizade, confiança e solidariedade entre eles, a indicar que a agravante teria prestado mero auxílio durante o tratamento da enfermidade. (BRASIL, 2020h).

Assim, na mesma linha de entendimento da Corte Local, os julgadores do acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.602.194/MG (BRASIL, 2020h) concluíram que após a separação judicial, nesse exíguo tempo de 5 (cinco) meses, não ficou efetivamente demonstrada a manutenção de laços afetivos entre o falecido e sua ex-esposa aptos a configurar a existência de união estável, fundamento pelo qual negaram provimento ao recurso.

4.2 Recurso Especial nº 1.558.015/PR

No Recurso Especial nº 1.558.015/PR (BRASIL, 2020g), a recorrente alega que a sentença homologatória do acordo de reconhecimento e dissolução do relacionamento entre as partes padece de vício processual, requerendo a sua

anulação. Aduz, em síntese, que antes da audiência de ratificação havia revogado os poderes ao patrono primitivo, habilitando após um novo procurador, o qual se manifestou suscitando discordância com os termos do acordo e, mesmo diante destes fatos, o Juízo singular proferiu a sentença homologatória.

Em verdade, ocorre que a varoa se arrependeu do acordo realizado, no qual ambas as partes negaram sistematicamente a existência de união estável perante o juízo de família, ocasião em que reconheceram a existência do relacionamento amoroso, mas afirmaram não haver no relacionamento a intenção de constituir família.

Os julgadores do Recurso Especial nº 1.558.015/PR defendem que uma vez concluída a transação judicial, é impossível o arrependimento unilateral das partes, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Eventual pedido de anulação só pode ser postulado em outro processo, portanto, para buscar rescisão da transação por vício de consentimento (BRASIL, 2020g).

No que diz respeito a configuração da união estável, o acórdão do Recurso Especial nº 1.558.015/PR fundamenta que:

> [...] a união estável, por se tratar de estado de fato, demanda, para sua confirmação e verificação, a reiteração do comportamento do casal que revele, a um só tempo e de parte a parte, a comunhão integral e irrestrita de vidas e esforços, de modo público e por um lapso temporal significativo. (BRASIL, 2020g).

Os fundamentos jurídicos perfilhados no julgamento do Recurso Especial nº 1.558.015/PR aduzem, ainda, que não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável, uma vez que pode ser que o relacionamento se revista de publicidade, durabilidade, formalidade e até mesmo coabitação, e ainda assim não haja a presença do elemento subjetivo fundamental para a caracterização da união estável: o intuito presente de constituir família (BRASIL, 2020g).

Ademais, em seu voto de julgamento (BRASIL, 2020g), o Ministro Luís Felipe Salomão (Relator) ressalta que o STJ já reconheceu inclusive a configuração do namoro qualificado, que tem como principal traço distintivo da união estável a ausência do objetivo presente de constituição de família.

4.3 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.149.402/RJ

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.149.402/RJ (BRASIL, 2020f), foi manejado pela parte autora contra decisão que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, sob os fundamentos de deficiência na argumentação e incidindo-se a necessidade de reexame de provas para rever as conclusões assentadas no acórdão recorrido, o que é vedado pela Súmula 7/STJ (BRASIL, 2020k).

Contudo, pela análise dos trechos do julgado do Tribunal transcritos pelo Ministro Og Fernandes (Relator) em seu voto, nota-se que no caso em tela o relacionamento do autor com a ex-servidora era mantido há cerca de um 1 (um) ano, porém o próprio recorrente alega que os planos de constituição de família, inclusive com filhos, não foram realizados devido ao falecimento prematuro da ex-servidora.

Segundo o Tribunal, a formalização da união estável através de instrumento público, perante tabelião, inegavelmente confere maior segurança aos conviventes. No entanto, o contrato particular de união estável acostado aos autos, conjugado com a inexistência de outras provas contundentes da união estável, e ainda não registrado no Cartório competente e celebrado sem a assinatura de testemunha, não possui o condão de produzir efeitos contra terceiros (BRASIL, 2020f).

O Tribunal de origem argumenta ainda que a união estável não é configurada pela existência de um negócio jurídico, de modo que sua essência não pode ser delineada simplesmente por um contrato, bem como que a união estável consiste em "uma situação de fato que se consolida com o decorrer do tempo (donde surgiu o requisito "relação duradoura", ou "razoável duração") e não depende de nenhum ato formal para se concretizar".

Nessa perspectiva, a existência de um "contrato de namoro" não terá validade nenhuma para afastar a existência de união estável em caso de separação, se esta de fato restar demonstrada. De igual forma, se não houver união estável e sim namoro qualificado que poderá um dia evoluir para uma união estável, o "contrato de união estável" celebrado anteriormente à consolidação desta relação não terá efeitos jurídicos.

Pelo contexto fático-probatório restou demonstrado que se trata de namoro qualificado, pois muito embora tenha sido sério, contínuo, público e duradouro, no tocante ao requisito subjetivo, faltava ao relacionamento à concretização do intuito de constituição de família, havendo apenas um planejamento de formação de núcleo familiar.

Dessa feita, no acórdão recorrido o Tribunal decidiu que a relação do autor com a falecida servidora não configura união estável, e sim namoro qualificado,

discorrendo que na união estável o relacionamento possui aparência de casamento durante toda a convivência, pois nela o objetivo de constituir família já está concretizado, ao passo que, no namoro qualificado, há o objetivo de constituição de família voltada para o futuro.

Os julgadores do Agravo em Recurso Especial nº 1.149.402/RJ (BRASIL, 2020f) aduzem que diante da ausência de evidências de comunhão de vida e esforços, consubstanciada na assistência moral e material recíproca irrestrita, o Tribunal concluiu pela não configuração da união estável, bem como que a inversão do julgado do Tribunal de origem exigiria, inequivocamente, a reanálise do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ (BRASIL, 2020k).

4.4 Recurso Especial 1.678.437/RJ

A controvérsia do Recurso Especial nº 1.678.437/RJ (BRASIL, 2020i) gira em torno do marco inicial para o reconhecimento da união estável. A sentença julgou os pedidos procedentes em parte, somente para reconhecer a união estável a partir de junho de 2004, data em que nasceu o filho primogênito do casal. Contudo, a acórdão, por unanimidade, definiu a data de início da união estável em agosto de 2002 (data gravada nas alianças trocadas pelo casal).

No acórdão do Recurso Especial nº 1.678.437/RJ (BRASIL, 2020i) os julgadores defendem que de início deve ser afastada a configuração da união estável a partir da data gravada na aliança do casal, 25/08/2002, tendo em vista que em audiência a recorrida informou que nesta data gravada na aliança ela estava em separação de casamento anterior e não poderia se expor, complementando que passou a morar com o recorrente no ano seguinte, em 2003. Tais informações obstam o reconhecimento da união estável pois evidencia-se a ausência de requisitos essenciais da união estável, como a publicidade e objetivo de constituição de família, estabelecidos no art. 1.723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e).

A Ministra Nancy Andrighi (Relatora) aduz em seu voto, em sede do Recurso Especial nº 1.678.437/RJ, que o reconhecimento da união estável também não pode ser a partir da data de nascimento do filho primogênito do casal, 18/06/2004, uma vez que não parece crível que a união estável tenha se materializado simultaneamente a este acontecimento, uma vez que o nascimento de uma criança exige a realização de diversos preparativos anteriores, tais como exames médicos periódicos e aquisição do enxoval (BRASIL, 2020i).

Também se argumenta, no bojo do voto da Ministra Relatora, que o recorrente afirmou em audiência que após sofrer acidente em fevereiro de 2003, a recorrida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

passou a praticamente residir com ele. Malgrado a coabitação entre os companheiros não seja elemento indispensável à caracterização da entidade familiar em comento, inegavelmente a coabitação representa um indicativo da existência da união estável, a qual pode ser conjugada com os demais elementos a serem examinados no caso concreto.

Nesse sentido, para os julgadores do Recurso Especial nº 1.678.437/RJ (BRASIL, 2020i), a análise dos elementos probatórios, somada a existência de coabitação entre as partes a partir de fevereiro de 2003, mantida ao tempo da descoberta da gravidez em 24/10/2003 (ocasião em que a recorrida comunicou a residência do recorrente como seu próprio endereço), permitem o estabelecimento da data de 24/10/2003 como o marco temporal em que a união estável restou devidamente configurada, com a presença de seus elementos caracterizadores, nos moldes do art. 1723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e).

4.5 Recurso Especial nº 1.761.887/MS

A controvérsia do Recurso Especial nº 1.761.887/MS estava em definir se o relacionamento existente entre os companheiros em um curto lapso de tempo – dois meses de namoro e duas semanas de coabitação –, seria suficiente para a configuração de união estável. No caso em apreço, a autora alegava ter mantido relacionamento amoroso com o falecido como se fossem casados, postulando assim o reconhecimento e a dissolução da união estável (BRASIL, 2020j).

O magistrado de piso havia julgado procedente o pedido, e interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul negou provimento ao recurso e corroborou com o entendimento da sentença, reconhecendo a existência da união estável. Os argumentos utilizados foram que a união estável nasce de um simples fato jurídico: a convivência duradoura com objetivo de constituição de família, independentemente do tempo de convivência.

Contudo, o acórdão do Recurso Especial nº 1.761.887/MS contrapõe o entendimento do Tribunal de origem, no que diz respeito a necessidade de observância do requisito durabilidade:

> Em relação à exigência de estabilidade para configuração da união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. (BRASIL, 2020j).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os julgadores do Recurso Especial nº 1.761.887/MS (BRASIL, 2020j) aduziram que o tempo muito exíguo de duração do relacionamento (apenas dois meses de namoro, sendo duas semanas em coabitação) não permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável, uma vez que o art. 1723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e) exige, para configuração dessa entidade familiar, que o relação seja duradoura, prolongada no tempo em período suficiente a demonstrar a intenção de constituição de família.

O Ministro Luís Felipe Salomão (Relator), cujo voto foi acompanhado pelos demais julgadores, argumenta ainda no bojo do Recurso Especial nº 1.761.887/MS que é impossível identificar o requisito estabilidade numa relação que tenha durado apenas duas semanas, e ainda, que a mera intenção de constituição de família do casal não é suficiente para a caracterização da estável, pois o referido intuito não chegou a ser efetivamente concretizado no curto lapso temporal em que permaneceram juntos (BRASIL, 2020j).

Assim, para o Ministro Luís Felipe Salomão (Relator), o que houve foi um namoro e não união estável:

> [...] um namoro de dois meses com coabitação de duas semanas, que, a meu juízo, não se mostra duradouro o suficiente para evidenciar a estabilidade de um relacionamento como a união estável, com comunhão de vida, comprometimento mútuo, planejamento familiar, em nítida convicção de se estar criando uma entidade familiar segura e permanente. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP Nº 1.761.887).

Nesse sentido, a Corte Superior concluiu pelo não reconhecimento da união estável no caso em questão, por entender que o relacionamento não era duradouro o suficiente para evidenciar a estabilidade da relação (BRASIL, 2020j).

4.6 Relevância conferida pelo STJ ao lapso temporal no reconhecimento da união estável

A discussão suscitada no presente trabalho quanto ao elemento tempo de convivência para o reconhecimento da união estável originou-se na ausência da fixação de um tempo mínimo de relacionamento para a caracterização da união estável, ao passo que a durabilidade continua a ser, desde a Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 2020d), um requisito essencial para o constituição da entidade familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por meio das decisões expostas no presente trabalho, é perceptível que o STJ tem considerado o tempo de convivência das relações amorosas como um elemento a ser abalizado, analisado e valorado para se aferir a existência ou não da estabilidade nos relacionamentos, em conjunto com a apreciação dos demais requisitos caracterizadores desta entidade familiar.

Infere-se que muito embora a Corte Superior demonstre em suas decisões que o reconhecimento da união estável independe do tempo de convivência do casal, extrai-se dos julgados do Recurso Especial nº 1.761.887/ MS e do AgInt no Recurso Especial nº 1.602.194/MG a existência de certa ponderação quanto ao requisito temporal, tendo em vista que os Ministros apontam em seus julgamentos a insuficiência do período de 2 (dois) e 5 (cinco) meses de relacionamento, respectivamente, para a caracterização da união estável.

Por outro lado, pela análise dos julgados depreende-se que a tendência do STJ tem sido no sentido de que a durabilidade prevista pelo art. 1.723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e) como um elemento caracterizador da união estável não diz respeito apenas ao tempo de convivência em si, em seu sentido numérico, e sim no surgimento da estabilidade que inegavelmente decorre das relações amorosas com o passar do tempo, demonstrando a comunhão de vidas e de esforços dos conviventes.

Ademais, as decisões demonstram que a durabilidade exigida pelo art. 1723 do CC/2002 (BRASIL, 2020e) está relacionada também a necessidade do decurso de um lapso temporal minimamente suficiente para que nele reste evidenciado a existência dos demais elementos caracterizadores da união estável, tais como a publicidade, a continuidade e especialmente o objetivo de constituição de família.

Inclusive, no tocante aos demais requisitos caracterizadores da união estável, nota-se que o STJ tem conferido destaque ao requisito subjetivo concernente ao intuito de constituir família, o qual tem se sobressaído nos fundamentos das decisões em comparação com os demais elementos caracterizadores, representando assim o elemento caracterizador preponderante para o reconhecimento da união estável, e sendo ele inclusive o traço diferenciador da união estável com outras modalidades de relacionamento, como o namoro qualificado.

Nessa perspectiva, percebe-se que o lapso temporal, por si só, não representa um elemento caracterizador para a o reconhecimento da união estável, mas a durabilidade e a estabilidade que dele decorrem representam, e ainda, que o elemento caracterizador prevalecente tem sido o intuito de constituir família voltado para o presente, isto é, a existência de uma família constituída, cuja constatação, por

mais que o tempo de convivência seja curto, pode vir a fundamentar o reconhecimento da união estável, em virtude da ausência de fixação de um lapso temporal mínimo para tanto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou desde o recorte legislativo do tema união estável, ao conceito deste instituto e aos entendimentos jurídicos acerca de seus requisitos caracterizadores, até adentrar nas decisões do STJ referentes ao reconhecimento da união estável, julgadas entre os períodos de 2017 a 2019, a fim de compreender a influência do elemento tempo de convivência nos julgamentos de reconhecimento, ou não, da união estável, bem como observar a valoração conferida aos demais elementos caracterizadores deste instituto.

Inicialmente notou-se a evolução legislativa quanto à regulação da união estável, com o reconhecimento do instituto como entidade familiar quando da promulgação da CRFB/88 (BRASIL, 2020a) e, ao fim, com a incorporação do tema união estável ao Livro IV – Do Direito de Família no CC/2002 (BRASIL, 2020e). Em contraponto, constatou-se que o instituto ainda é regulado em pouquíssimos dispositivos pelo atual diploma civil e que a sua conceituação permanece a mesma daquela estabelecida no art. 1º da Lei 9.278/96 (BRASIL, 2020d), de modo que não existiram inovações legislativas quanto a sua caracterização.

Em relação ao tempo de convivência para o reconhecimento da união estável, atualmente não há um lapso temporal mínimo para a configuração da união estável, mas o art. 1.723 do CC/2002 prevê que a união estável é configurada na existência, dentre outros elementos, de um relacionamento duradouro (BRASIL, 2020e).

Nesse sentido, após análise das decisões do STJ observou-se que malgrado a união estável possa ser configurada independentemente do tempo do relacionamento, nota-se a tendência do STJ em não reconhecer a união estável nos casos de curta duração de tempo dos relacionamentos, como 2 (dois) e 5 (cinco) meses, justificando que tempos exíguos como esses são não são suficientes para a configuração da união estável.

Ao longo da análise jurisprudencial da Corte Superior, notou-se que a durabilidade exigida pela norma civil não diz respeito a um determinado lapso temporal da convivência considerado adequado, mas sim a uma ponderação cautelosa do conjunto probatório para aferir se restou evidenciado que havia no relacionamento a estabilidade e a comunhão de vidas esperada de um relacionamento com potencialidade para o reconhecimento da união estável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os julgados deixam claro o entendimento do STJ de conferir valoração ao tempo de convivência ao reconhecer que o relacionamento deve existir por um tempo minimamente suficiente para que nele possa haver a demonstração dos outros elementos caracterizadores da união estável previstos pelo art. 1723 do CC/2002, tais como a publicidade, a continuidade e o intuito de constituição de família (BRASIL, 2020e).

Conclui-se, assim, que embora o STJ valore o tempo para o reconhecimento da união estável, ele é compreendido com um significado mais abrangente relacionado a estabilidade do relacionamento, bem como a possibilidade de evidenciação de outros requisitos em decorrência do tempo, os quais devem ser analisados e valorados em conjunto, especialmente a constatação do objetivo de constituição de família, concebido como o elemento caracterizador preponderante para o reconhecimento da união estável.

Em relação às dificuldades encontradas para a realização desta pesquisa, destaca-se a ausência de estudos que possuam o mesmo recorte, atinente aos elementos que caracterizam a união estável. Ademais, salienta-se a dificuldade para encontrar decisões que adentrassem na análise do configuração ou não da união estável, sobretudo que abordassem os seus requisitos e o tempo de convivência, tendo em vista que de modo geral as decisões do STJ esbarram na existência da Súmula 7/STJ, cujo teor veda o reexame de provas em sede de Recurso Especial (BRASIL, 2020k).

Pode-se eleger, portanto, como proposta de trabalhos futuros a realização da pesquisa com o mesmo recorte, todavia junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins ou a uma Vara de Família da Comarca de Palmas - Tocantins, a fim de verificar como o tempo de convivência tem sido valorado nos julgamentos destas instâncias, uma vez que nelas os julgadores estão autorizados a analisar/reanalisar o conjunto fático-probatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10.03.2020.

_____. **Lei nº 6.515, 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

_____. **Lei nº 8.971, 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

_____. **Lei nº 9.278, 10 de maio de 1996**. Regula o §3° do art. 226 da Constituição Federal. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 14.03.2020.

_____. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11.03.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.149.402/RJ**. Relator: Min. Og Fernandes. Julgamento: 21/03/2018. DJe: 03/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1691686&num_registro=201701964528&data=20180403&formato=PDF>. Acesso em: 29.03.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.558.015/PR**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 12/09/2017. DJe: 23/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1614778&num_registro=201501368133&data=20171023&formato=PDF>. Acesso em: 15.04.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.602.194/MG**. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 25/04/2017. DJe: 12/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594605&num_registro=201101049044&data=20170512&formato=PDF>. Acesso em: 20.04.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.678.437/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 21/08/2018. DJe: 24/08/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1741788&num_registro=201602534623&data=20180824&formato=PDF>. Acesso em: 27.04.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.761.887/MS**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

equencial=1847226&num_registro=201801184170&data=20190924&formato=PDF>. Acesso em: 11.05.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Decisão: 28/06/1990. DJ: 03/07/1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 11.05.2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAUÉS, Antonio Moreira. Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. **Sequência (Florianópolis)**. Florianópolis/SC: 2015, n. 70, p. 135-162. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000100135&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10.03.2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TRÉS, Pedro Mansur. A técnica legislativa das cláusulas gerais e a "discricionariedade" judicial. **Anais II do Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória/ES: 2017, p. 466-474. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19857>. Acesso em: 14.03.2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento:** a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Imprenta: Brasília/DF, TJDFT, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>. Acesso em: 20.03.2020.

ZACARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** São Paulo/SP: 2010, v. 25, n. 74, p. 61-76. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092010000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24.03.2020.

NOTA:

[1] Especialista em Direito Constitucional, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito da Universidade Federal do Tocantins - UFT. Juíza de Direito. E-mail: helviatulia@bol.com.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A LEI DO SINASE (LEI 12.594/12): EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE: Oficial de Justiça Avaliador Federal. Especialista em Direito Processual do Trabalho. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UFPEL.

Resumo: Em pleno aniversário de 30 anos do Estatuto da Criança e Adolescente, é fundamental ver os avanços e retrocessos que pavimentam a evolução histórica dos direitos fundamentas das crianças e adolescentes no cenário brasileiro. Nesse sentido, após a Constituição inovar a ordem jurídica com a doutrina proteção integral, contrapondo-se à doutrina da situação irregular até então vigente, a Lei 12.594/12 vem normatizar as medidas socioeducativas impondo responsabilidades a todas os estes estatais.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e Adolescente; Direitos Fundamentais; SINASE.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente: 2.1. Aportes Iniciais da Tutela Diferenciada da Criança e do Adolescente; 2.2. Dos Princípios Norteadores da Proteção à Infância e à Juventude. 3. Da Lei nº 8.069 DE 13 de Junho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): 3.1. Da Natureza Jurídica e da Denominação Técnica de Criança e Adolescente; 3.2. Dos Direitos Fundamentais; 3.3. Das Medidas Específicas de Proteção; 3.4. Disposições Gerais sobre o Ato Infracional; 3.5. Das Medidas Socioeducativas. 4. Aspectos Gerais da Lei nº 12.594 DE 2012 – Lei do SINASE. 5. A Tutela da Criança e do Adolescente a Partir dos CREAS Municipais de João Pessoa-PB. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. Introdução

Até o início do século XX o que se observa é a inexistência de uma abordagem jurídica específica conferida às crianças e adolescentes, quando, além da mera especificação da imputação penal, o tratamento na esfera legal era compatível com aquele dispensado aos adultos.

Não obstante se observe a existência de dispositivos legais relacionados à infância e à juventude nos Códigos Penais de 1830 e 1890, tal previsão consubstanciava a mera imputação penal, sem que houvesse qualquer legitimação dos direitos e deveres garantidos à infância e juventude. (CABRERA, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Liga das Nações em Genebra, no ano de 1924, foi a primeira ideia de proteção especial aos direitos e deveres correlatos com grande repercussão. Apesar de não possuir força para o reconhecimento internacional de seus princípios, a declaração de Genebra refletiu diretamente no fomento da formulação brasileira do seu Código de Menores de 1927, conhecido por Código Mello Mattos. Notadamente, o Código assumiu o caráter de primeira codificação nacional – e latino-americana - a tratar dos menores, evoluindo significativamente no que diz respeito à imputabilidade penal, determinando como imputáveis os maiores de dezoito anos, bem como eximindo os menores de quatorze de qualquer processo penal. (MORELLI, 1999).

O Código Mello de Mattos foi responsável por prever processo especial destinado aos jovens entre quatorze e dezoito anos que cometessem crime ou contravenção penal.

Ocorre que o Código de Menores, ainda que tenha promovido diferenças estruturais na relação Estado/Infantojuvenis, serviu para estigmatizar o menor de idade como delinquente. O direito ali reconhecido tinha fundamento nos deveres do Estado e da família, e não na base de proteção específica em razão das condições sociais únicas relativas às crianças e aos adolescentes.

O pós-Segunda Guerra Mundial implicou numa maior preocupação internacional com as garantias e deveres exigíveis do Estado e das famílias às situações peculiares que envolviam os menores. Disso decorre a impulsão das políticas públicas e debates em países como Estados Unidos, França e Alemanha. Tais discussões culminaram na Declaração dos Direitos das Crianças, incluída no rol de eventos históricos de afirmação dos direitos humanos, sendo adotada pela Assembleia das Nações Unidas em novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil através do artigo 84, inciso XXI da Constituição Federal (MORELLI, 1999).

Norberto Bobbio (2004, p. 21) afirma que com a Declaração "deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune,* deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.".

No Brasil, o Código de Mello Mattos foi superado pelo Código de Menores de 1979 que foi marcado pela doutrina da situação irregular, conforme o artigo 1º, I, do referido diploma, segundo o qual as disposições do código sobre assistência, vigilância e proteção alcançavam os menores de até dezoito anos que não se enquadravam no padrão oficial de crianças e adolescentes, estipulado pelo Estado. (CABRERA, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Observa-se, assim, que a estruturação do Código de 1979 é de uma política meramente assistencialista com a perspectiva de acolher menores carentes e submetê-los ao regime jurídico estabelecido no diploma legal. Opondo-se, claramente, ao posicionamento internacional que se inclinava cada vez mais à compreensão dos menores como sujeitos de direitos, garantias essas essenciais em função das peculiaridades sociais e biopsicológicas. (CABREIRA, 2013).

Ainda no que concerne aos eventos históricos de afirmação dos direitos dos infantojuvenis a nível internacional, é imperioso destacar a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças de 1989, a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento da Criança nos Anos 90 e a Convenção da ONU sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional (Haia) de 1995.

No Brasil, em julho de 1990, após o empenho e comprometimento da sociedade civil, apoiada pelos órgãos de proteção internacional e atendendo às exigências da Constituição Federal de 1988, foi promulgada a lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Este impôs modificações substanciais tanto no sistema jurídico adotado, quanto na doutrina e princípios que passaram a nortear a proteção das crianças e dos adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caminhar sinuoso das conquistas de uma tutela satisfatória às peculiaridades das crianças e adolescente, em 2012, com o intuito de normatizar o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que busca regulamentar a execução das medidas socieducativas previstas no ECA à prática de ato infracional, foi promulgada a lei nº 12.594, conhecida como Lei do SINASE ou Lei de Execução das Medidas Socioeducativas.

2. Da Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente

2.1. Aportes Iniciais da Tutela Diferenciada da Criança e do Adolescente

Conforme exposto, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 foi fundamental por reconhecer, pela primeira vez, crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que demandam proteção jurídica específica, dando o pontapé inicial na proteção internacional e nacional deste grupo social.

A Constituição Federal de 1988, considerada pela doutrina como o texto constitucional de maior progresso na experiência nacional (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009), tem o título II dedicado aos direitos e garantias fundamentais indispensáveis à pessoa humana. Pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988 "representa o melhor regramento jurídico-constitucional em matéria de

infância e juventude no Brasil, dispensando à área a atenção e o *status* merecidos, em prol do progresso legislativo e social do país." (CABRERA, 2013).

O texto constitucional inovou ao adotar a doutrina da proteção integral, contrapondo-se à doutrina da situação irregular, adotada anteriormente, especialmente pelo Código de Menores de 1979. (CARMELLO, 2013, p. 9).

Quanto ao tema, Carmello Júnior leciona:

> A doutrina da situação irregular tinha como características o assistencialismo e a ampla concentração de poderes do Juiz. Não se reconhecia que crianças e adolescentes eram titulares de interesses juridicamente protegidos. Ao reverso, a lógica que permeava as ações voltadas para a população infantojuvenil tinha como pressuposto a redução da criminalidade. Tal doutrina se fundamentava juridicamente no Código de Menores (Lei nº 6.697/79), cujo art.º 2º trazia as circunstâncias em que se poderia entender que crianças e adolescentes se encontravam em situação irregular. (2013, p. 13).

E ainda,

> A doutrina da proteção integral rompe frontalmente com este estado de coisas. Com efeito, com o advento da Carta Constitucional de 1988, não se pode pensar a condição de crianças e de adolescentes de outra forma senão a de entendê-lo como detentores de interesses que podem ser reivindicados em face da família, da sociedade e do Estado. (2013, p. 14)

Conclui-se, portanto, que a proteção jurídica adotada no art. 227 da Constituição Federal de 88 aponta no sentido de adoção de uma doutrina que se apoia na positivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, enxergados como sujeitos de direitos condicionados a situações especiais. De igual modo, a Constituição estabelece um horizonte de horizontalidade e promoção da democratização das ações e políticas públicas, quebrando com a ideia de marginalização e exclusão na proteção infantojuvenil.

2.2. Dos Princípios Norteadores da Proteção à Infância e à Juventude

A Constituição Federal é de modo relevante a principal fonte principiológica acerca da proteção jurisdicional da criança e do adolescente. Tal cognição é confirmada pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que repetidamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

remete à análise de seus dispositivos aos princípios e fundamentos constitucionais. É o que se depreende, por exemplo, dos artigos 3º, 4º e 5º do referido Estatuto.

A doutrina diverge quanto ao reconhecimento dos princípios do direito da criança e do adolescente. Paulo Afonso Garrido de Paula apresenta como princípios o da prioridade absoluta e do respeito à condição peculiar do menor em desenvolvimento. Martha Toledo Machado indica o princípio do melhor interesse da criança como o fundamento principal do direito da infância e da juventude, do qual decorrem todas as garantias. (PAULA; MACHADO *apud* CARMELLO, 2009, p. 105)

Carmello Júnior (2013, p. 15) destaca, além do princípio do melhor interesse da criança, o da proteção integral, o da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, o da municipalização, e, por fim, o da participação popular.

Sob a perspectiva de Paulo Henrique Fuller, Guilherme Dezem e Flávio Martins Júnior (2012, p. 33) encontram-se neste rol ainda os princípios da excepcionalidade, da brevidade e da dignidade da pessoa humana.

Cumpre salientar que o princípio do melhor interesse da criança, com fulcro na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, implica na prevalência do interesse do menor quando em conflito com pretensão alheia, em qualquer esfera, seja ela jurídica, familiar ou administrativa. Deve atentar quando da aplicação do princípio a necessidade de contextualização e adequação do mesmo às demais normas que direcionam o direito da criança e do adolescente, sob pena de retrocesso e ilegalidade na sua adoção. (CARMELLO, 2013, p. 15).

O princípio da participação popular, por sua vez, garante o envolvimento de organizações representativas na elaboração e prática de políticas públicas voltadas à infância e juventude. Já o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento considera as idiossincrasias relativas ao processo de formação e condições biopsicológicas da criança e do adolescente, respaldando a aplicação das normas de forma específica, quando consideradas as peculiaridades desses sujeitos. (FULLER, DEZEM, MARTINS, 2012, p. 33).

Por fim, à luz do que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, Ildeara Amorim e Murillo Digiácomo (2013, p. 3) asseveram:

> As "disposições preliminares", relacionadas nos arts. 1º ao 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazem [...] e princípios (como os relativos à proteção integral e prioridade absoluta), a serem observados quando da análise de todas as disposições estatutárias, que por força do disposto nos arts. [...] devem ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

invariavelmente interpretadas e aplicadas em benefício das crianças e adolescentes. Princípios adicionais quanto à interpretação e aplicação das disposições da Lei nº 8.069 de 1990 estão relacionadas no art. 100, caput e par. único, do ECA, como em tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

3. Da Lei nº 8.069 DE 13 de Junho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

3.1. Da Natureza Jurídica e da Denominação Técnica de Criança e Adolescente

Apesar das controvérsias, o direito da criança e do adolescente enquadra-se dentro do ramo do direito público, uma vez que suas normas jurídicas projetam-se na natureza pública.

Munir Cury preleciona que pela natureza das normas do direito da criança e do adolescente, o que se observa é um *ius cogens*. Ou seja, um direito cogente dotado de normas peremptórias por meio das quais o Estado impõe a sua vontade, espelhando uma utilidade protecionista e ordenadora. Ademais, o direito da infância e da juventude inclui-se dentro do direito público dado que representa o interesse estatal na proteção dos menores, indistintamente. (CURY *apud* Ishida, 2010, p. 2).

Noutro rumo, no que diz respeito à incidência das normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Constituição Federal e demais tratados ratificados pelo Brasil, nos termos do artigo 2º da legislação estatutária, é considerada criança a pessoa com até doze anos incompletos, e são considerados adolescentes aqueles com idade entre doze e dezoito anos incompletos.

O conceito aqui tratado é necessariamente objetivo e legal, tendo por parâmetro a idade biológica do sujeito, podendo haver divergência de entendimento em outras ciências que adotem parâmetros distintos. (AMORIM, DIGIÁCOMO, 2013, p. 4).

Imperioso ressaltar o previsto no parágrafo único do art. 2º do ECA, que possibilita a aplicação da legislação estatutária - de forma excepcional - às pessoas de idade entre 18 (dezoito) e 21 (vinte um anos). Para tanto, é essencial o cumprimento de dois requisitos. O primeiro deles é que a medida em análise seja excepcional, e o segundo é a exigência de previsão legal expressa do caso. (FULLER, DEZEM e MARTINS, 2012, p. 25).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É o caso do artigo 40 e do artigo 121, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da lei 11.129 de 2005 que garante o Programa Nacional de Inclusão e Jovens aos sujeitos entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro anos).

Importante destacar, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* nº 94938 acerca da temática da proteção do estatuto e a emancipação civil do menor. Vejamos.

> "HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ART. 121, § 5º, DO ESTATUTO: NÃO-DERROGAÇÃO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL: PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. REGIME DE SEMILIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE. MANUTENÇÃO DA MEDIDA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS INDEFERIDO. 1. Não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos. 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente não menciona a maioridade civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao infrator: ali se contém apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º). 3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é norma especial, e não o Código Civil ou o Código Penal, diplomas nos quais se contêm normas de caráter geral. 4. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes. 5. Habeas corpus indeferido. (STF - HC: 94938 RJ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/08/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-03 PP-00516 RTJ VOL-00207-01 PP-00387 RT v. 98, n. 881, 2009, p. 532-538) ”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.2. Dos Direitos Fundamentais

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê:

> 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.

O dispositivo legal está em perfeita consonância com o artigo 5º, caput e inciso I da Constituição Federal, e com o artigo 100, parágrafo único, e incisos I e XII da legislação estatutária. Por outro lado, trata-se de um artigo de importância vital do Estatuto, porquanto, diferentemente das proposições legais anteriores, as crianças e a adolescentes deixam de ser considerados como entes de mera intervenção do Estado e alcançam o *status* de sujeitos de direitos. (AMORIM, DIGIÁCOMO, 2013, p. 5)

Ainda, nos moldes do artigo 4º do ECA, os direitos garantidos à criança e ao adolescente devem ser assegurados não apenas pelo Poder Público, mas traduz dever de todas as esferas ligadas diretamente à infância e à juventude, ou seja, é também dever da família, da comunidade e da sociedade. Tal artigo encontra respaldo no disposto no artigo 227 da Carta Magna e traz em si o rol dos direitos fundamentais aplicáveis à infância e juventude.

O direito à vida e à saúde estão expressamente previstos no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente e têm amparo nos princípios 4º e 5º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, além do assegurado no artigo 227, §1º e entre os artigos 196 a 220, todos da Constituição Federal.

Nos termos do dispositivo supra, tais direitos devem ser assegurados por meio de políticas públicas voltadas ao atendimento do nascimento e desenvolvimento sadio, garantidas as condições mínimas de existência e dignidade humana.

Sobre o tema, Murillo Digiácomo e Ildeara Amorim (2013, p. 11) ressaltam:

> O Poder Público, em todos os níveis (municipal, estadual e Federal), tem o dever de desenvolver políticas públicas voltadas à proteção integral da saúde de crianças e adolescentes, em regime de mais absoluta prioridade. Para tanto, deve prever os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> recursos necessários diretamente junto ao orçamento dos órgãos públicos encarregados da saúde, que por força do disposto no art. 198, da CF [...] devem ser contemplados com determinados percentuais mínimos do produto da arrecadação dos impostos, hoje [...] fixados pelo art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Os artigos que seguem, especificadamente os artigos 8º ao 14, tratam das disposições específicas relacionadas à matéria tratada no artigo 7º do ECA. O artigo 8º assegura o atendimento pré e perinatal por meio do Sistema Único de Saúde. Enquanto o artigo 9º se destina à proteção do aleitamento materno, demandando, inclusive, políticas públicas que propiciem condições adequadas à amamentação.

O artigo 10º, por sua vez, traz disposições fundamentais no que concerne aos direitos das gestantes, e dos nascituros, quando do atendimento em hospitais, sejam eles públicos ou particulares, que garantem o acesso amplo a informações atuais e específicas sobre o estado do nascituro e da gestante, bem como o alcance a políticas de diagnóstico precoce e a terapêutica de possíveis anormalidades metabólicas do recém-nascido.

O artigo 11 é relevante porquanto trata do acesso amplo à saúde por meio do Sistema Único de Saúde e de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. Ressalta-se que a inteligência do §1º, com fulcro no princípio 5º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, estabelece o atendimento especializado aos portadores de deficiência.

Destaca-se, também, o artigo 13, que dispõe sobre a obrigatoriedade de comunicação ao Conselho Tutelar em caso de suspeita de maus-tratos contra a criança ou adolescente, em respeito ao disposto no artigo 19 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, e que implica em resultado na seara administrativa, civil e criminal.

Além disso, o artigo 14 trata da assistência médica e odontológica, preventiva e curativa, dando destaque à obrigação de vacinar crianças nos casos recomendados pelas autoridades competentes. O citado artigo tem repercussão no artigo 70 também do Estatuto, que abarca a prevenção sistemática coletiva e individual.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo II do título II, dispõe sobre o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Quanto ao tema, abordado nos artigos 15 e 16 do ECA, Ishida leciona que "o direito à liberdade compreende o direito de não ser privado da mesma senão em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada do juiz" (2010, p. 25).

Some-se a isso o artigo 17 que dispõe sobre o direito ao respeito, prevê um direito fundamental ao menor que claramente deriva dos princípios que regem o direito da criança e do adolescente. O referido artigo estabelece que o direito ao respeito consolida o dever de inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do menor.

Finalmente, o artigo 18 da legislação estatutária estipula o dever de velar pela dignidade da criança e do adolescente, determinando que tal obrigação estende-se a todos, e coibindo qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. A desídia ou inércia daquele que tem o dever de proteger o menor pode levar à sua responsabilização, ainda que não tenha sido o agente causador da ação que feriu a dignidade do menor. (DIGIÁCOMO e AMORIM, 2013, p. 21).

O direito contemplado no artigo 19 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser entendido como a garantia do menor de viver junto à sua família, natural e extensa, e de conviver na coletividade, nas comunidades que estejam na preservação de seu interesse. Este direito é fundamentado com base nos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, ademais, encontra respaldo na proteção constitucional garantida à convivência em família, nos termos do art. 226 da Carta Magna. (ISHIDA, 2010, p. 28).

Convém destacar o entendimento de Paulo Henrique Fuller, Guilherme Dezem e Flávio Martins (2012, p.39) sobre o tema:

> Nesse contexto, insere-se a questão atinente à manutenção do convívio da criança e do adolescente com sua família natural, sempre que possível, eis que toda criança e adolescente tem direito de ser educado e criado no seio de sua família nuclear, nos termos do art. 227 da CF e do art. 19 do ECA, assegurando-se a convivência familiar e comunitária, livre de qualquer ambiente que lhe possa ser prejudicial ou nocivo.
>
> Para garantir a manutenção do menor no seio de sua família e livre de qualquer ameaça ou lesão a sua saúde ou integridade física, deve-se ressalvar o dever do Estado de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, nos termos do art. 226, § 8.°, da CF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O capítulo III do título II traz a lume inúmeras discussões que perpassam questões como a definição do que é poder familiar, o procedimento de colocar o menor em família substituta, o direito sucessório, e também a suspensão, a destituição e a extinção do poder familiar. É indispensável ainda a análise dos institutos da guarda, da tutela e da adoção.

Conforme a inteligência do artigo 19, a regra prevista no ECA exige que a criança e o adolescente cresçam junto ao seio da família biológica, sendo levados para família substituta apenas em situações excepcionais.

Garrido de Paula defende que a retirada do menor da família biológica, com a consequente inserção em família substituta, só se justifica quando na hipótese de violência ou ameaça de direitos fundamentais do menor. (PAULA *apud* ISHIDA, 2010, p. 30)

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 19, introduzidos por meio da lei nº 12.010/2009, surgem como meio de, primeiramente, reduzir o período máximo de permanência do menor no chamado regime de acolhimento institucional, que configura medida protetiva na qual se encaminha o menor a uma família substituta em razão da impossibilidade de permanência na família biológica (natural e extensa), a fim de que sejam garantidos os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Além disso, os parágrafos ressaltam o caráter temporário desta medida.

No tocante ao conceito de poder familiar ou pátrio poder, o artigo 21 do ECA, em consonância com os artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil, preleciona que este será exercido igualmente pelos pais do menor. Danielle Santos e Josiane Veronese conceituam o poder familiar como "o dever que o Código Civil impõe aos pais, para que conjuntamente velem e zelem pelos seus filhos, inclusive com a administração de seus bens." (2007, p. 107)

O Estatuto, por sua vez, prevê no artigo 22 que o dever incumbido aos pais abrange o múnus de propiciar o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores. As obrigações alimentares são expressões do dever de sustento e não findam com a emancipação do menor, devendo o valor estipulado a tal título compreender as necessidades essenciais de alimentação, educação, saúde e segurança. (DIGIÁCOMO e AMORIM, 2013, p. 26).

A legislação civil é responsável por apresentar as situações de privação do exercício do poder familiar. O artigo 1.635 dispõe sobre a extinção do poder familiar no caso de morte dos pais ou filhos, pela emancipação do menor, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial. Já o artigo 1.637 do Código Civil estabelece as circunstâncias de suspensão, exigindo que reste configurado abuso de poder ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sentença penal irrecorrível com pena superior a dois anos de prisão. Finalmente, o artigo 1.638 do diploma civil prevê os casos de perda do poder familiar, que são diferentes das situações de extinção. A perda será observada quando os pais castigarem imoderadamente seus filhos ou os deixarem em situação de abandono, quando praticarem atos contra a moral e os bons costumes, e quando incidirem reiteradamente nas faltas previstas com pena de suspensão do poder familiar. (FULLER, DEZEM e MARTINS, 2012, p. 43).

Ressalta-se que o próprio Código Civil e a legislação estatutária trazem procedimento específico a ser adotado nos casos de privação do poder familiar. Vale lembrar, que o artigo 23 do Estatuto que veda a perda ou suspensão do poder familiar na hipótese de carência ou ausência de recursos materiais pelos pais.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, os artigos 33, 34 e 35 tratam da matéria de guarda. De outra banda, os artigos 36, 37 e 38 dispõem sobre a tutela. E do artigo 39 ao artigo 52-B encontra-se a previsão da adoção.

Em linhas gerais, a guarda de que trata o estatuto nos artigos supra não se refere à guarda do poder familiar (esta é regulada pelo Código Civil), mas aquela exercida no caso de inserção do menor em família substituta, instituindo os deveres do guardião, que necessariamente coexistem com aqueles inerentes ao poder familiar. (DIGIÁCOMO e AMORIM, 2013, p. 35).

Quanto ao instituto da tutela, Paulo Henrique Fuller, Guilherme Dezem e Flávio Martins (2012, p.57) estipulam que "para que possa ser deferida a tutela faz-se necessária prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar, de maneira que ela, ao lado da adoção, é uma das formas definitivas de colocação em família substituta.". A tutela, que pode ser testamentária, legítima ou dativa nos termos do Código Civil, não pode ser exercida por sujeitos específicos, conforme artigo 1.735 do CC/02.

A adoção, dentre os institutos estudados, é o que possui maior previsão no estatuto, consubstanciando medida irrevogável e excepcional, além de possuir caráter definitivo, razão pela qual impõe maiores deveres (e direitos) aos adotantes quando comparada à tutela ou à guarda.

Os artigos 53 e seguintes do ECA tratam do direito à educação, cultura, esporte e lazer, destacando-se o artigo 53 por apresentar princípios que devem nortear a garantia da educação, visando o pleno desenvolvimento, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O direito à educação configura verdadeiro direito subjetivo do menor, devendo ser garantido pelo Estado (ainda que seja provido por particulares), e obedecer ao disposto na legislação estatutária que exige a igualdade de condições ao acesso e permanência do menor na escola (art. 53, I), o respeito pelos educadores (art. 53, II), a possibilidade de contestar os critérios utilizados para avaliação da criança e do adolescente (art. 53, III), a garantia de organização em entidades estudantis (art. 53, IV), o direito primordial de escola gratuita e próxima (art. 53, V), dentre outras determinações espalhadas no Estatuto – como a exigência de matrícula do menor na rede regular de ensino, prevista no artigo 54 – e em outros diplomas, a exemplo dos artigos 5º, XVII, 6º e 205 da Constituição Federal.

O direito à educação envolve deveres não apenas do Estado ou da família, mas também daqueles que formam a rede de ensino. É o caso do artigo 56 do ECA que exige a comunicação ao Conselho Tutelar, pelos dirigentes do estabelecimento educacional, nos casos de maus-tratos, faltas injustificadas, evasão escolar e elevado nível de repetência envolvendo seus alunos. Cabe ao Conselho Tutelar, diante de tais informações, constatar as causas dos fatos que prejudicam o bom desenvolvimento do aluno, obtendo soluções e informando aos órgãos competentes sobre os problemas constatados. (ISHIDA, 2010, p. 131).

O capítulo V do título II já inicia proibindo o trabalho dos menores de quatorze anos de idade, ressalvado a hipótese de aprendiz. O texto do artigo 60 tem fulcro no artigo 7º, XXXIII e 205 da Constituição Federal, bem como nos artigos 402 a 441 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ademais, o próprio estatuto remate a regulação da proteção ao trabalho do menor à legislação específica, qual seja, a própria CLT. Destaca-se, portanto, o entendimento do ilustre professor Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 902):

> O conceito de menor empregado não difere daquele que caracteriza o empregado em geral previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 2º e 3º). [...]
>
> As mesmas proibições existentes para o trabalho do menor empregado devem subsistir para o menor autônomo ou eventual. Lembre-se, contudo, com relação a estes, que, segundo o Código Civil de 2002 (art. 5º, V), pelo estabelecimento civil ou comercial e tendo o menor com 16 anos economia própria, cessa a menoridade.
>
> Quanto à idade mínima, a CLT (1943) permitia o trabalho do menor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a partir dos 12 anos. Porém a Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXXIII) elevou-a para 14 anos, salvo nos casos de menores aprendizes, estes podendo trabalhar a partir dos 12 anos de idade. [...] A Emenda Constitucional n. 20 (1998) alterou o texto constitucional para fixar como idade mínima para o trabalho do menor 16 anos como empregado e 14 anos como aprendiz. (NASCIMENTO, 2011, pp. 902- 903)

Nos termos da CLT, ao menor é vedada a prorrogação da jornada de trabalho, no chamado labor extraordinário ou exercício de horas extras contratuais. É proibido, ainda, o trabalho em horário noturno, em condições insalubres, perigosas ou prejudiciais à moralidade, conforme previsão constitucional (art. 7º, inciso XXXIIII) e celetista (arts. 404 e 405). Por fim, é proibido o exercício de labor em ruas, praças e outros logradouros públicos, salvo mediante prévia autorização judicial. (NASCIMENTO, 2001, p. 904).

3.3. Das Medidas Específicas de Proteção

O título II da parte especial do Estatuto da Criança e do Adolescente traz no corpo do artigo 98 as disposições gerais acerca das medidas de proteção reconhecidas aos menores. A aplicação de tais medidas se justifica sempre que os direitos da criança e do adolescente sofrerem violações e ameaças por ação ou omissão estatal ou da sociedade, por falta, omissão ou abuso provocado pelos pais ou responsáveis, ou ainda quando a conduta do menor ferir direito próprio.

Nos moldes do artigo 99 do ECA, as medidas previstas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, conforme o caso fático, devendo ser levado em conta as necessidades pedagógicas do menor e a preferência por medidas que fortaleçam os vínculos familiares, uma vez que a Carta Magna aderiu à teoria da proteção integral, extinguindo-se a adoção da doutrina da situação irregular.

As medidas de proteção estão previstas no artigo 101 do ECA, o qual apresenta rol não taxativo, dando margem ao poder discricionário exercido pelo magistrado quando da aplicação das medidas.

A primeira medida de proteção é o encaminhamento aos genitores ou responsáveis legais, em concordância com os demais dispositivos do estatuto, que prezam pela reintegração à família biológica antes das demais medidas reintegrativas.

Caso o juízo verifique como indispensável a assistência específica, determinará a orientação, o apoio e o acompanhamento temporário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também configuram medidas de proteção a inclusão do menor em programas comunitários ou de auxílio à família, e a matrícula obrigatória na rede de ensino. Acrescente-se a isso, que o juiz pode proceder à requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico quando verificar necessário.

Como medidas extremas de proteção, em regra a ser utilizadas quando constatada a impossibilidade ou ineficácia da reintegração à família, o menor pode ser encaminhado ao acolhimento institucional, ao acolhimento familiar ou poderá ser inserido em família substituta.

Da análise dos incisos do artigo 101, o que se observa são medidas que visam garantir os direitos fundamentais assegurados pelo próprio Estatuto, inclusive através de políticas públicas, da atuação familiar e da sociedade como um todo.

Ishida (2010, p. 188) destaca que "às crianças que cometam atos infracionais não se aplicam as medidas socioeducativas e sim as de proteção".

Ademais, o próprio artigo traz em seu bojo os procedimentos específicos que devem ser adotados no caso de aplicação das medidas de proteção, a exemplo da necessidade de emissão da guia de acolhimento e da elaboração do plano individual de tratamento.

Por fim, tanto o Conselho Tutelar quanto a autoridade judiciária são competentes à aplicação das medidas de proteção, observado, em todos os casos, o nível de intervenção. (DIGIÁCOMO e AMORIM, 2013, p. 146).

3.4. Disposições Gerais sobre o Ato Infracional

O artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua o ato infracional como "a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Ou seja, toda conduta que é prevista na lei penal como crime ou contravenção, quando praticada por criança ou adolescente não tipifica crime ou contravenção, passando a ser identificada como ato infracional.

Quanto ao tema, é essencial a ressalva de Murillo Digiácomo e Ildeara Amorim:

> Importante destacar que esta terminologia própria não se trata de mero "eufemismo", mas sim deve ser encarada com uma norma especial do Direito da Criança e do Adolescente, que com esta designação diferenciada procura enaltecer o caráter extrapenal da matéria, assim como do atendimento a ser

> prestado em especial ao adolescente em conflito com a lei. (2013, p. 155).

O artigo 104 do ECA tem função relevante porque fixa a idade da inimputabilidade penal destinada aos menores de dezoito anos, que passam, por consequência, a se sujeitar às disposições do estatuto. Ademais, o marco para constatação da inimputabilidade é a data do fato, nos moldes do parágrafo único do art. 104.

Uma vez que à criança que comete ato infracional são aplicadas as medidas de proteção do artigo 101 do estatuto, o capítulo II trata dos direitos individuais estendidos aos adolescentes que incorrem na prática de ato infracional.

O adolescente que incide no ato só será privado de sua liberdade nos casos de flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial. É o direito individual no caso de apreensão, e caso esta se desenvolva sem que se observem os requisitos do artigo 106, o agente se enquadrará no crime tipificado no artigo 230 do ECA.

Caso a apreensão seja legal, deverão ser imediatamente comunicadas a autoridade judicial competente e a família do menor, do fato e do local onde se encontra o adolescente.

A medida socioeducativa da internação, por sua vez, deverá ter prazo máximo de duração de quarenta e cinco dias, nos termos do art. 108 do ECA. Paulo Henrique Fuller, Guilherme Dezem e Flávio Martins lecionam no seguinte sentido:

> A internação provisória, no entanto, por incidir sobre adolescentes infratores (condição peculiar de pessoas em desenvolvimento: art. 227, § 3.°, V,da CF), possui limites temporais mais rigorosos, podendo ser determinada pelo prazo máximo de 45 dias (art. 108, caput), que coincide com aquele estabelecido para a conclusão do procedimento de apuração de ato infracional, quando internado provisoriamente o adolescente (art. 183). A superação dos 45 dias
>
> (excesso de prazo) acarreta a ilegalidade da internação provisória e impõe a liberação do adolescente, tipificando ainda o crime do art. 235 do ECA. (2012, p. 90)

Além do exposto, os artigos 110 e 111 da legislação estatutária tratam das garantias processuais aplicáveis quando da apuração do ato infracional, destacando-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório através do conhecimento pleno e formal da atribuição do ato por citação. Além destes, é garantida a igualdade na relação processual, a defesa técnica, a assistência judiciária gratuita, bem como o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e o de solicitar a presença dos pais ou responsáveis em qualquer fase do processo.

3.5. Das Medidas Socioeducativas

Conforme já explicitado, quando a criança comete ato infracional, a ela são aplicadas as medidas de proteção previstas no artigo 105 do ECA. Ocorre que quando o ato é praticado por adolescente são aplicadas as medidas socioeducativas inseridas no artigo 112 do estatuto.

Ademais, não obstante as medidas socioeducativas encontrem-se no rol de sanções penais, não se confundem com penas porquanto possuem natureza jurídica e finalidade pública diversa. A pena prevista para o crime ou contravenção tem caráter punitivo, ao passo que as medidas socioeducativas são dotadas de caráter pedagógico. (DIGIÁCOMO e AMORIM, 2013, p. 163).

O rol apresentado pelo artigo 112 é exaustivo, e as medidas estão dispostas conforme grau crescente de severidade. São elas: a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; a concessão de liberdade assistida; a inserção do adolescente em regime de semiliberdade e, por fim, a internação em estabelecimento educacional. (FULLER, DEZEM e MARTINS, 2012, p. 97).

4. Aspectos Gerais da Lei nº 12.594 DE 2012 – Lei do SINASE

A lei nº 12.594/12 é responsável por instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), com fulcro a regulamentar as medidas socioeducativas abarcadas no rol do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e destinadas ao adolescente que pratica ato infracional. Além de instituir o SINASE, a lei foi responsável por trazer determinadas alterações ao próprio estatuto.

A lei estipula que o SINASE deverá ser coordenado pela União, além de ser integrado pelos sistemas estaduais e municipais, garantindo, assim, atuação de todos os entes federativos na execução das medidas socioeducativas.

O capítulo III da lei 12.594/12 é destinado aos planos de atendimento socioeducativo, estabelecendo, no artigo 8º, que tais planos deverão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessariamente prever políticas públicas voltadas ao atendimento nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultural e capacitação para o trabalho e para o esporte.

Noutro rumo, o capítulo IV da citada legislação trata dos programas de atendimento fornecidos pelos Estados e Municípios junto aos Conselhos Estaduais ou Municipais do Direito da Criança e do Adolescente. Os artigos dispõem não apenas sobre a estrutura dos referidos programas, mas determinam as exigências para que se proceda a inscrição. O programa de privação de liberdade, por exemplo, previsto no artigo 15 da lei do SINASE, exige a comprovação da existência de estabelecimento educacional (inciso I), a previsão de processo na escolha dos dirigentes (inciso II), a apresentação de atividades coletivas (inciso III), a previsão de estratégias para a gestão de conflitos (inciso IV) e a previsão de regime disciplinar (inciso V).

É imperioso ressaltar que, além do fornecimento dos programas, a regulamentação das medidas socioeducativas também é voltada à avaliação e acompanhamento do atendimento socioeducativo. Conforme estabelecem os artigos abarcados pelo capítulo V da lei 12.594/12. Notoriamente, o artigo 19 destaca-se por instituir os objetivos do Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, exigindo, por exemplo, a contribuição do sistema na organização da rede de atendimento (art. 19, inciso I).

O artigo 35 da lei 12.594/12 tem relevância fundamental, porquanto traz à baila os princípios que regem as medidas socioeducativas, determinando que a aplicação das mesmas deva obedecer a legalidade (inciso I), a excepcionalidade do uso da medida, favorecendo a aplicação da autocomposição de conflitos (inciso II), a prioridade na prática de medidas que sejam restaurativas (inciso III), a proporcionalidade entre o ato praticado e a medida determinada (inciso IV), a brevidade da medida socioeducativa (inciso V), a individualização, considerando características biopsicológicas do adolescente (inciso VI), a mínima intervenção na esfera do menor, atendendo exclusivamente o objeto da medida (inciso VII), a não discriminação do menor (inciso VIII), e, por fim, o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (inciso IX).

Finalmente, destaca-se a matéria relativa às competências, segundo a qual compete à União, dentre outros deveres dispostos no artigo 3º da lei do SINASE, elaborar o plano nacional de atendimento socioeducativo (inciso II), bem como prestar assistência técnica e suplementação financeira aos entes federativos (inciso III).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cabe aos Estados, por sua vez, nos moldes do artigo 4º, inciso III, o dever de criar, desenvolver e manter os programas ligados à execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação. Os Municípios, por sua vez, nos termos do artigo 5º, inciso III, ficam responsáveis por criar e manter os programas de atendimento ligados à execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

5. A Tutela da Criança e do Adolescente a Partir dos CREAS Municipais de João Pessoa-PB

Os diversos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS) constituem um serviço público de conjuntura nacional com atuação, principalmente, por meio dos municípios. O papel do CREAS, em regra, consiste no atendimento de média complexidade às famílias e indivíduos em estado de vulnerabilidade agravado por um risco pessoal ou social em razão da violação de direitos. De igual modo, também há os CREAS destinados a atender adolescentes que cumprem medida socioeducativa, consoante já estabelece o art.5° da Lei do SINASE.

No município de João Pessoa, há 4 (quatro) CREAS que prestam atendimento à comunidade[1], são eles: CREAS PAEFI – I localizado no bairro do Centro; CREAS PAEFI – II localizado no bairro Pedro Gondim; CREAS PAEFI III localizado no bairro de Mangabeira; CREAS PAEFI IV localizado no bairro de Jaguaribe. Além do CREAS MEDIDAS destinado às medidas socioeducativas.

Os CREAS oferecem um conjunto de ações de atendimento e proteção às pessoas vitimizadas ou submetidas à violência, maus-tratos, negligência, abandono, abuso ou exploração sexual, e exploração do trabalho infantil. Daí que o público alvo é bastante diversificado, atendendo: idosos, mulheres, pessoas com deficiência, público LGBT e, especialmente, as crianças e adolescentes em situação de risco.

Notadamente, a proteção do desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes depende necessariamente de um atendimento a toda a estrutura familiar. Por isso, os objetivos dos CREAS consistem em: construir condições para a garantia dos direitos fundamentais e o acesso dos membros da família aos serviços socioassistenciais existentes na cidade de João Pessoa; auxiliar no fortalecimento da unidade e harmonia familiar a fim de cessar a violação de direitos; oferecer atendimento sistemático psicossocial individual ou em grupo, inclusive com aconselhamento jurídico em casos de violação de direitos individuais e coletivos; estabelecer uma rede de encaminhamentos entre as várias instituições de tutela daqueles submetidos a uma situação de risco. Daí que os CREAS atuam, na medida do possível, por meio de articulações com os Centros de Referência de Assistência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Social (CRAS) que atuam na atenção básica; Ministério Público Estadual, do Trabalho e excepcionalmente Federal; Alcoólicos Anônimos; Casas de Acolhida; Conselho Tutelar, Disque 100 Denúncia, etc.

No município de João Pessoa, a Prefeitura implementou os CREAS por meio da Secretaria de Desenvolvimento Social. Contudo, o CREAS Medidas possui uma atuação diferenciada do atendimento prestado pelos demais CREAS.

Com a emergência da Lei do SINASE ocorrera um processo de aperfeiçoamento da municipalização das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto. Nesse contexto, o Sistema de Atendimento Nacional Socioeducativo constitui, assim, um conjunto articulado de princípios, regras e parâmetros de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que abrange desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa, no contexto da Política Nacional da Assistência Social, de tutela especial de média complexidade. Em face disso, O CREAS Medidas João Pessoa trabalha de maneira multidisciplinar com adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativos. Outrossim, há uma tentativa de articular o atendimento aos adolescentes com todas as políticas estatais ofertadas nas searas da saúde, educação, trabalho, esporte, cultura e lazer, ou seja, também é função do CREAS Medidas divulgar e tentar assegurar – ainda que minimamente - as políticas que concretizam os direitos sociais previstos no art.6° da Constituição Federal.

Impende rememorar, que há jovens em cumprimento de alguma medida socioeducativa prevista no art.112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Afinal, nos termos do art.104 do ECA, deve ser considerada a idade do adolescente à data do ato infracional. Dessa maneira, atualmente, o CREAS Medidas presta atendimento a adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, de ambos os sexos, na faixa etária de 12 a 18 anos, excepcionalmente até 21 anos, encaminhados pela Vara da Infância e Juventude de João Pessoa.

Toda a complexidade imanente ao desenvolvimento sadio do indivíduo torna imperioso o atendimento multidisciplinar. Disso decorre a pluralidade da equipe técnica do CREAS Medidas João Pessoa que é constituída por: Coordenadora; Advogados; Assistentes Sociais; Educador Social; Pedagogo; Psicólogos; funcionários na equipe de apoio administrativo. De igual modo, os demais CREAS do Município de João Pessoa reproduzem esse imprescindível olhar multidisciplinar por meio da atuação integrada de psicólogos, advogados, assistentes sociais e educadores sociais.

6. Considerações Finais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Através da análise dos aspectos trabalhados, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu mudanças estruturais no que se refere aos direitos dos infantojuvenis, consequência de um processo de demanda social, ultrapassando a política meramente punitiva e exclusiva, e objetivando a concretização da proteção à dignidade dos menores e a consolidação de seus direitos. A defesa das garantidas asseguradas às crianças e aos adolescentes é partilhada entre todos os entes federativos, que possuem responsabilidades específicas e convergentes. Ademais, a prática protetiva notoriamente demanda uma atuação multidisciplinar e de profissionais de diferentes ramos.

Dado o exposto, toda e qualquer deliberação que abarque a temática de proteção infantojuvenil deve ser essencialmente guiada pelos princípios constitucionais, visando em primazia o interesse do menor, sob pena de ferir o suporte jurídico-legal instituído.

Tendo em vista a estrutura do ordenamento jurídico sobre o tema, o que se observa é que o Brasil conta com uma proteção legislativa relativamente avançada, entretanto não alcançada tão facilmente, a exemplo do lapso temporal de 22 anos entre a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente e a edição de lei específica que regulasse as medidas socioeducativas instituídas pelo ECA.

Por fim, percebe-se, quanto à aplicação fática da proteção legal vigente, que ainda há um longo caminho a ser percorrido pelas políticas públicas a fim de que os institutos de proteção atendam às finalidades pretendidas, vereda esta que perpassa a necessidade de maiores investimentos estruturais, capacitação dos agentes públicos e conscientização social.

7. Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier editora, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 94938 RJ. Relatora Min. Cármen Lúcia, da Primeira Turma. Julgamento em: 12 de agosto de 2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719455/habeas-corpus-hc-94938-rj>. Acesso em: 14 de mai. de 2014.

CABRERA, Valéria Cabreira. Direito da Infância e da Juventude: uma breve análise histórica e principiológica constitucional e legal. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13574&revista_caderno=12>. Acesso em 05 de mai. 2014.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **Estatuto da criança e do Adolescente.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ISHIDA, Válter Kenji, **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORELLI, Ailton José. A inimputabilidade e a impunidade em São Paulo. **Rev. bras. Hist.**, São Paulo, v.19, n.37. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 de jun. 2014.

JUNIOR, Carlos Alberto Carmello. **A proteção jurídica da infância, da adolescência e da juventude**. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

JUNIOR, Carlos Alberto Carmello. **A democracia participativa e a efetivação dos direitos de crianças e adolescente.** 2009. 389 f. Orientador: Prof. Dr. Sério Seiji Shimura. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Danielle Maria Espezim dos; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente:** livro didático. 1ª ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

NOTAS:

[1] Informação ofertada pela Secretaria de Desenvolvimento Social do Município de João Pessoa por meio do Serviço de Informação ao Cidadão: CREAS PAEFI I Rua Desembargador José Peregrino, 72, Centro; CREAS PAEFI II Rua Otto Feio da Silveira, 465, Pedro Gondim; CREAS PAEFI III Rua Anísio Borges Monteiro de Melo, 89, Mangabeira I; CREAS PAEFI IV Rua: Frei Martinho, 324, Jaguaribe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DOS DISCURSOS DE GÊNERO NO AUMENTO DE CASOS DE FEMINICÍDIO

CLAUDINEIA GOMES BRITO: Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal de Rondônia – Unir, Campus de Ji-Paraná; Acadêmica do curso de Direito; Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a influência dos discursos de gênero para o aumento do cometimento dos crimes de homicídio com a qualificadora do feminicidio, partindo da hipótese de que as diferenças de gênero quando utilizadas para inferiorizar a mulher contribui para as mais diferentes formas de violência, entre elas a mais grave que é eliminação da vida através de um crime de homicídio. Como metodologia foi adotada a pesquisa bibliográfica através da revisão de literatura que trata das questões de gênero, bem como de pesquisa em sites de órgãos públicos oficiais e pode-se afirmar que esse assunto é um problema social da mais alta gravidade, uma vez que gera consequencias nefastas que direta ou indiretamente afeta toda a sociedade.

Palavras- chave: Gênero. Violência. Legislação criminal

Abstract: The aim of this article is to discuss the influence of gender discourses to increase the commission of homicide crimes with the feminicide qualifier, based on the hypothesis that gender differences when used to make women inferior contribute to the most different forms of violence, among them the most serious which is the elimination of life through a crime of homicide. As a methodology, bibliographic research was adopted through a literature review that deals with gender issues, as well as research on official government websites and it can be said that this subject is a social problem of the highest gravity, since it generates nefarious consequences that directly or indirectly affect the whole of society.

Keywords: Gender. Violence. Criminal law

Sumário: Introdução; 1. História da Mulher na Sociedade; 2. A Mulher e o Processo de Violência Simbólica; 3. Violência Doméstica e Legislação Criminal; 3.1. Feminicídio: A Mais Terrível Forma de Violência Contra a Mulher; 4.Os Números da Violência Doméstica; 5. Ações de Enfrentamento à Violência Doméstica; Considerações Finais.

Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho utilizou da metodologia da pesquisa bibliográfica, tem como objeto de estudo a violência doméstica discutida a partir da perspectiva das relações de gênero e tem como objetivos conhecer as origens da desigualdade de gênero; refletir sobre os desafios enfrentados pela mulher na luta por igualdade; identificar formas de violências contra mulher e conhecer aspectos da legislação que visa coibir a violência doméstica.

Antes de qualquer coisa, cabe destacar que o interesse em discutir o assunto deste trabalho surgiu durante a inquietante fase de escolha de um tema para o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) do curso de Direito. Durante uma conversa com uma colega sobre a intenção de escrever sobre violência doméstica, esta afirmou que este era um tema "batido" e que talvez o orientador nem aceitasse o tema.

Diante de tal afirmação, dá-se a impressão de que a violência doméstica não é um assunto interessante para uma pesquisa, pois é algo que todos têm conhecimento, todavia os alarmantes índices de feminicídio que constantemente estão estampados nos meios de comunicação demonstram exatamente o contrário, isto é, precisa-se cada vez mais discutir e problematizar os tipos de violência enfrentados pelas mulheres, tendo em vista que o conhecimento é uma poderosa ferramenta de enfrentamento.

Nesse contexto, nota-seque a luta pelos direitos e valorização da mulher reportam à nossa legislação maior, a Constituição Federal de 1988, pois ela em seu art. 3º, inc. IV estabelece que constitui objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No entanto, é preciso atentar-se para o fato de que a existência do texto constitucional garantindo a igualdade entre os sexos não é o suficiente para que o tratamento igualitário se efetive na prática.

1. História da Mulher na Sociedade

A legislação brasileira, que tem como pilar central a Constituição Federal de 1988, veda qualquer forma de discriminação em razão do sexo o que é uma grande conquista para as mulheres, tendo em vista que se feita uma retrospectiva histórica percebe-se que a tão sonhada igualdade é fruto de um longo e árduo período de lutas.

Segundo Moreira (2005) na época pré-histórica quando só existia atividade agrícola a mulher possuía um papel de destaque, pois tida como detentora de poder mágico e associada ao dom da vida e da fecundidade. À exceção desse período e avançando na história, já na idade média, época com predomínio de valores éticos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cristãos, a mulher passa a ter papel definido fundamentado em estereótipos que limitam seu espaço às circunscrições privadas do lar e da família enquanto ao homem era reservado o espaço público, representado simbolicamente pela espada e associado à virilidade e força e às atividades de guerra.

> Em Roma, elas foram excluídas das funções públicas. Tendo suas relações limitadas à "domus" (casa), eram submetidas ao poder do homem dentro da família, já que esta era sempre governada pelo pai, marido ou o sogro. Juridicamente eram consideradas incapazes e só podiam requerer em justiça quando o direito fosse estritamente de seu interesse. Na Europa Ocidental, apenas entre os Celtas havia equiparação jurídica entre homens e mulheres e estas tinham liberdade de escolher o parceiro e de solicitar a ruptura matrimonial, caso não estivessem satisfeitas, se bem que o grau de independência era equivalente ao grupo social que pertencia. A esposa cuja família de origem era tão abastada quanto à do marido, vivia em completa igualdade com o mesmo, quando era superior, ela era a chefe da família, porém se inferior, seus direitos eram bem reduzidos. (MOREIRA, 2005, p. 17)

No que tange às relações afetivas, mais especificadamente o casamento, Moreira (2005) destaca que inicialmente era feito nos ambientes domésticos, sendo o genitor da noiva o responsável por realizar a cerimônia. Todavia, com o decorrer do tempo a Igreja Católica, religião predominante, visando controlar o comportamento da sociedade passa a exigir que seus membros realizem seus casamentos de forma pública e diante de um padre.

> Religião é uma das fontes mais problemáticas de pressão destrutiva em nossas vidas. Religião é o esforço que o homem faz para atingir, agradar e merecer Deus. Através de rituais, cerimônias, regras e regulamentos procuramos ser bons o suficiente para Deus. A pressão da religião vem de nosso treinamento e formação. (OLGIVIE, 2006, p.35)

Além disso, destaque-se que as autoridades religiosas entendiam que no âmbito da relação conjugal o homem detinha o poder de direção e à mulher cabia a submissão. A moral cristã via no prazer algo pecaminoso que afastava o individuo de Deus. Em razão disso, a mulher era tida como inferior, isto é, um ser frágil em face dos perigos da carne e que ao casar tinha o corpo alçado à propriedade do marido, devendo a alma continuar na posse de Deus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dando um salto na história e chegando-se ao período do início da Revolução Industrial ocorrido no século XVIII, nota-se que a mulher ingressou no mercado de trabalho para auxiliar nas despesas familiares que já não conseguiam ser supridas pelos homens que até então eram tidos como chefes de família. Todavia, apesar de sair de um espaço estritamente privado, o ambiente doméstico, e ganhar o mercado de trabalho que era um espaço público e reservado ao sexo masculino, a mulher não passou a ser valorizada socialmente, pelo contrário, passou a enfrentar maiores dificuldades, pois agora passava a executar jornada dupla. Em casa continuava a exercer o papel de mãe, esposa, dona do lar etc., enquanto nas fábricas desempenhavam as mais diversas funções, geralmente atividades precárias, cumpriam jornadas de trabalho infindáveis e ainda eram pessimamente remuneradas.

Décadas à frente começam a surgir movimentos feministas que lutavam pelo combate à opressão e pela igualdade de direitos. Em meio a essa luta um evento historicamente marcante e que inclusive deu origem à data comemorativa do dia Internacional da Mulher, foi a morte de dezenas de operárias em um incêndio ocorrido em 1909 dentro de uma fábrica nos Estados Unidos, supostamente provocado por seus patrões e pela polícia enquanto protestavam e lutavam por melhoria salarial e redução das jornadas laborais.

Segundo Matos e Gitahy (2007) muitas teorias procuram explicar e entender a razão da opressão e exploração vivenciada pela mulher ao longo da história e uma dessas teorias, defendida pelas feministas, é que isso se deve ao fato da mulher nascer e já ser preparada para ocupar papéis definidos no seio da sociedade. Tais teorias desempenharam um papel importante, uma vez que provocaram muitas reflexões e já "nos anos 60, as mulheres começaram a questionar o motivo da dominação e do predomínio dos homens sobre as mulheres. Muitos grupos teóricos, ou não, tratavam da desigualdade entre os sexos ou a justificavam". (MATOS; GITAHY 2007, p.05)

O histórico de opressão, exploração e invisibilidade vivenciado pelas mulheres por muito tempo foi algo comum e até chancelado pelo Estado, tendo vista que a própria legislação brasileira era extremamente discriminatória. Para se ter ideia, o Código Civil de 1916 que vigorou por décadas era o retrato de uma sociedade conservadora e patriarcal que consagrava a superioridade masculina.Tal legislação dispunha que a mulher era legalmente incapaz para realizar determinados atos da vida civil e precisava da autorização do esposo para trabalhar ou receber uma herança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. A família se identificava pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar os apelidos do marido. O casamento era indissolúvel. Só havia o desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento. Só o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, eram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica, não gerando qualquer direito. Em face da posição da mulher, às claras, era ela a grande prejudicada. (DIAS, 2008, p.01)

Com o passar do tempo e com muita luta a mulher gradualmente foi se inserindo na sociedade como cidadã e sujeita de direitos e deveres. Prova disso e marco para cidadania da mulher brasileira foi o Código Eleitoral de 1932 e a Constituição Federal de 1934 que asseguraram tanto direitos políticos quanto o direito de voto às mulheres.

Mais adiante, Matos (2007) destaca que a década de 1960 foi especialmente importante na luta por igualdade, tendo em vista que a Lei 4.121/62 conhecida como Estatuto da Mulher Casada revogou alguns dispositivos do Código Civil de 1916, entre eles, o que considerava a mulher incapaz para realizar alguns atos da vida civil e o que impunha a necessidade de autorização do marido para a mulher poder trabalhar. Além disso, a Lei 6.515/77 instituiu o divórcio o que foi essencial para a regularização da situação jurídica daqueles que tinham findado suas relações conjugais.

Embora tenham ocorrido avanços na luta das mulheres por igualdade, a principal mudança só se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois o legislador constituinte além de ampliar o conceito de família e proteção a todos os indivíduos, sem distinção, estabelece a igualdade de direitos e deveres no âmbito da relação conjugal e veda qualquer tipo de preconceito e discriminação em razão de cor, raça, idade, sexo etc.

Como é sabido, na atualidade a mulher está inserida em todos os espaços sociais seja, familiar, religioso, político, profissional etc., e ocupa funções que no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

passado eram reservadas exclusivamente aos homens, todavia, ainda enfrentam preconceito e até discriminação o que revela que a luta por igualdade e reconhecimento ainda deve permanecer.

2.- A Mulher e o Processo de Violência Simbólica

Scott *apud* Filho (2004) diz que é o gênero que dá significado às distinções existentes entre os sexos, tendo em vista que transforma seres que são biologicamente machos e fêmeas em homens e mulheres, isto é, seres sociais. Nesse contexto, a sociedade, baseada no aspecto meramente biológico acaba contribuindo para moldar e definir os papéis sociais a serem desempenhados por homens e mulheres.

> As representações de homem e de mulher que são transmitidas pela sociedade contribuem intensamente para a formação dos indivíduos, trazendo modelos que cada um dos sexos deve ter como inspiração para seguir ou rejeitar. Dessa forma, tanto as mulheres como os homens trazem marcas de elementos externos que possibilitaram a criação de uma representação de si e do mundo. (PÁTARO; MEZZOMO, 2014, p.12)

A criança desde o nascimento, a depender do sexo, vai sendo orientada e moldada para futuramente ocupar papéis definidos socialmente e para perceber isso basta observar os brinquedos oferecidos às crianças. Enquanto aos meninos se oferece brinquedos que representam heróis e réplicas de carros, aviões, armas etc., que denotam coragem, aventura, força e até violência, às meninas são oferecidas bonecas que representam princesas ou bebês e réplicas de utensílios domésticos como fogão, panela, geladeira etc., que sugerem fragilidade, delicadeza, cuidados relacionados à maternidade e a trabalhos domésticos.

Mais tarde, durante a fase de escolha profissional, mais uma vez a diferenciação cultural entre homens e mulheres se faz presente, pois existem cursos como física, química, matemática, engenharia civil, ciências da computação etc., que são tidos como essencialmente masculinos, enquanto existem cursos como pedagogia, enfermagem, serviço social etc., que são em sua maioria são cursados por mulheres.

Pátaro e Mezzomo (2014, p.13) dizem que "historicamente, assim como nos processos educativos voltados para as gerações atuais, as diferenças de gênero acabam por conduzir os sujeitos a valores, crenças e visões de mundo que estabelecem, muitas vezes, relações de desigualdade entre homens e mulheres". Tais processos educativos fazem com que os homens sejam tidos como seres inteligentes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

racionais, características que determinam a supremacia masculina e que os habilita ao exercício de funções com poder de mando, enquanto as mulheres tão vistas como seres frágeis e emotivos que se adéquam à realização de atividades domésticas ou ao exercício de funções subordinadas e sem muita visibilidade ou poder decisão.

Essa realidade está enraizada na sociedade e representa uma das formas mais graves de violência, pois representa aquilo que o filósofo francês Pierre Bordieu (2002) denominou de violência simbólica que é aquela que acontece de maneira suave e invisível até as suas próprias vítimas o que é preocupante tendo em vista que as impede de se verem violentadas.

Esse processo de naturalização das diferenças de tratamento entre homens e mulheres acaba conduzindo à desigualdade e ao preconceito, sendo comum a existência de piadas de mau gosto do tipo: "mulher dirigindo é perigo constante"; lugar de mulher é em casa"; lugar de mulher é esquentando a barriga no fogão e esquentando no tanque" etc., que procuram desqualificar e atestar a incapacidade da mulher. Além disso, no campo profissional é muito comum que mulheres tenham salários inferiores tendo o mesmo grau de escolaridade e desempenhando as mesmas funções que um homem.

> As mudanças visíveis que afetaram a condição feminina mascaram a permanencia de estruturas invisiveis que só podem ser esclarecidas por um pensamento racional, capaz de pôr em relação a economia doméstica, e portanto a divisao de trabalho e de poderes que a caracteriza, e os diferentes setores do mercado de trabalho (os campos) em que estão situados os homens e as mulheres. Isso em vez de apreender separadamente, como tem sido feito em geral, a distribuição de tarefas entre os sexos, e, sobretudo os níveis, no trabalho doméstico e no trabalho não doméstico. (BORDIEU, 2002, p.63)

Na contemporaneidade a mulher alcançou uma posição privilegiada na luta por igualdade e a legislação brasileira veda qualquer tipo de discriminação por gênero, porém culturalmente a sociedade ainda procura "impor valores, visões de mundo e comportamentos, definindo e reforçando papéis sociais a serem desempenhados tanto por homens quanto por mulheres na vida pública e privada". (PÁTARO; MEZZOMO, 2014, p.13)

Todo o histórico de opressão, submissão e invisibilidade vivenciada pela mulher não resultou apenas em desigualdade e preconceito no âmbito profissional, contribuiu e continua contribuindo para que muitos a vejam como objeto, sem

vontade própria e seja vítima de uma das mais vergonhosas formas de violência que é aquela que acontece dentro dos lares e utilizando-se da confiança advinda das relações afetivas.

> Realmente, creio que, se a unidade doméstica é um dos lugares em que a dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível (e não só através do recurso à violência física), o principio de perpetuação das relações de forma materiais e simbólica que aí exercem se coloca essencialmente fora desta unidade, em instancias como a igreja, a Escola ou o Estado em suas ações propriamente políticas, declaradas ou escondidas, oficiais ou oficiosas. (BORDIEU, 2002, p. 69)

Nesse contexto, nota-se que o Brasil vive uma epidemia de violência doméstica contra a mulher, basta assistir a um programa de televisão, ouvir um programa de rádio, ler matéria de um jornal ou acessar a um site de notícias e lá estarão estampados episódios terríveis de violência que causaram graves lesões corporais ou ceifaram a vida de uma mulher. Diante de tal situação fica evidente que em face de um problema tão grave o Estado não pode se omitir e uma das respostas que a sociedade espera é aquela que advém do legislador através de leis mais rigorosas para com os agressores de mulher.

3. -Violência Doméstica e Legislação Criminal

Segundo Sanches (2012) o direito penal é aquela parte do ordenamento jurídico que objetiva selecionar os comportamentos humanos graves e maléficos à coletividade e que podem colocar em perigo os valores fundamentais para a manutenção da convivência social e descrevê-los como infrações penais cominando-lhes sanções e estabelecendo regras para sua correta e justa aplicação.

Assim, existem vários princípios que regem o direito penal e um deles é o principio da adequação social da conduta. Por esse princípio todo comportamento que a despeito de ser considerado criminoso pela lei, se não ferir o sentimento social de justiça não pode ser considerado criminoso. Exemplo disso é a prática social de colocar brincos em crianças recém-nascidas. Tal prática causa uma lesão corporal na criança e lesão corporal é tipificada no art. 129 do Código Penal como crime, todavia como a prática é aceita socialmente não há nenhum tipo de sanção.

No que tange à violência doméstica contra a mulher por muito tempo prevaleceu o silêncio, a sensação de era algo normal e aceito socialmente e o ditado popular de que em briga de marido e mulher ninguém mete a colher, inclusive não existia legislação específica que a tipificasse e punisse com rigor. Na ausência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

legislação específica, a violência doméstica e familiar contra a mulher era vista como crime de menor potencial ofensivo e regulada pela Lei 9.099/1195 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais com competência para julgar crimes e infrações penais que a lei preveja pena máxima de até dois anos de detenção.

O resultado disso é que os agressores quando punidos no máximo cumpriam uma prestação de serviços comunitários ou pagavam cestas básicas e tinham extintas a punibilidade de suas penas, o que resultava na banalização da violência contra a mulher e contribuía para sua perpetuação.

Essa triste realidade só começou a mudar quando entrou em vigor a Lei n. 11.340/2006 que é mais conhecida como Lei Maria da Penha e que é um marco na luta contra a violência doméstica contra a mulher. Tal lei é fruto da árdua luta empreendida por Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica cearense que sofreu inúmeras e constantes agressões de seu marido e que no ano de 1983 resultou em duas tentativas de homicídio, sendo que uma delas a deixou paraplégica.

Quando Maria da Penha decidiu denunciar seu agressor às autoridades encontrou uma situação corriqueira à época, isto é, a incredulidade do sistema de justiça brasileiro. Assim, o ex-esposo, então agressor, utilizou-se da burocracia e alegando irregularidades processuais, conseguiu aguardar o julgamento do caso em liberdade.

Firme na luta por justiça, Maria da Penha lançou no ano de 1994 o livro intitulado:"*Sobrevivi... posso contar*" no qual narra o histórico de violências sofridas por ela e por suas três filhas, bem como decidiu procurar o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), quando, em 1998, teve seu caso encaminhado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A atitude de Maria da Penha de acionar organismos internacionais garantiu não apenas a solução de seu caso por parte da justiça brasileira, o que se deu no ano de 2002, como também levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a condenar o Estado brasileiro por omissão e negligência. Dessa forma, pressionado internacionalmente, o Brasil foi obrigado a se comprometer em reformular suas leis e políticas no que se refere à violência doméstica o que resultou na aprovação, no ano de 2006, da Lei 11.340/2006 que foi batizada de Lei Maria da Penha.

Essa lei é considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das três leis mais avançadas do mundo quando se trata do combate à violência contra a mulher. Ela não se propõe a criar novos tipos penais, pelo contrário, é bem mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ampla, pois cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher como, por exemplo, a previsão de criação de delegacias especializadas, casas de abrigo, centros de referência da mulher e juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher o que é de extrema importância para se romper o ciclo de violência, uma vez que órgãos especializados conseguem tratar do assunto com mais sensibilidade e evitam que a mulher seja revitimizada. Ademais, a Lei 11.340/2006 fez alterações no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execuções Penais e até no Código de Processo Civil, visando dar efetividade aos seus preceitos.

Quando de trata de violência doméstica e familiar contra a mulher o que se percebe é que geralmente o agressor é uma das pessoas do convívio íntimo da vítima como marido ou ex-marido, namorado ou ex-namorado. Nesse contexto, uma importante novidade traga pela Lei Maria da Penha foi a possibilidade de concessão de uma medida protetiva de urgência. Tal mecanismo pode ser demandado já durante o atendimento policial e ordenadas pelo juiz ou juíza dentro de 48 horas, devendo ser emitidas com urgência quando envolver risco de morte.

Dessa forma, nos termos do art. 22 da Lei Maria da Penha, o magistrado ou magistrada poderá determinar: proibição ou restrição do uso de arma por parte do agressor; afastamento do agressor da casa; a proibição do agressor de se aproximar da mulher agredida; a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; a obrigatoriedade da prestação de alimentos provisórios; a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; a proibição de venda ou aluguel de imóvel da família sem autorização judicial; o depósito de valores correspondentes aos danos causados pelo agressor etc., Além disso, cabe destacar que a Lei n. 13.641/2018 alterou dispositivos da Lei n. 11.340/2006e tornou crime o descumprimento de medidas protetivas de urgência expedidas em decorrência de violência doméstica.

Outro aspecto importante da Lei 11.340/2006 está no campo processual, tendo em vista que no art. 16 está previsto que nas ações penais públicas condicionadas à representação da vítima, como por exemplo, no crime de lesão corporal, só será admitida a renúncia à representação se esta for realizada diante do juiz, em audiência designada especialmente para essa finalidade, desde que antes do recebimento da denúncia e ouvido o parecer do Ministério Público. Essa previsão é importante, pois como nos crimes envolvendo violência doméstica o agressor geralmente é alguém do convívio próximo da vítima, é comum que esta seja pressionada para retirar a queixa e desistir da punição ao agressor. Além disso, o art. 17 traz previsão expressa de que nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é vedada a aplicação de penas consistentes no pagamento de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o pagamento isolado de multa, pois a imposição dessas penalidades dá a sensação de que a violência contra a mulher é algo sem muita gravidade.

3.1 – Feminicídio: A Mais Terrível Forma de Violência Contra a Mulher

O ápice da violência doméstica contra a mulher ocorre quando o agressor consegue assassiná-la, o que tem acontecido com cada vez mais frequência. Diante de um fato tão grave geralmente o assassino era condenado a cumprir uma pena por homicídio simples que é aquele previsto no art. 121 do Código Penal com imposição de pena de 06 a 20 anos de reclusão e a depender das circunstâncias do Femicídio, isto é, o homicídio contra a mulher, poderia ter uma pena maior caso fosse reconhecida as qualificadoras, por exemplo, do motivo torpe, fútil ou uso de meio que tenha dificultado a defesa da vítima. Contudo, a realidade é que não existia legislação prevendo uma pena mais alta em virtude do crime ser praticado contra mulher por razões de gênero.

Essa realidade foi modificada no ano de 2015 quando foi aprovada a da Lei 13.104 que alterou o Código Penal inserindo a figura do Feminicídio e também alterou a Lei 8.072/1990 para incluí-lo no rol dos crimes hediondos. A partir da aprovação dessa lei os meios de comunicação acabaram por popularizar a ideia de que o legislador teria criado o crime de Feminicidio, contudo, segundo Barros (2015, s/n) "tecnicamente é um erro grosseiro repetir a linguagem da imprensa afirmando '*que foi criado um crime de feminicídio*', em realidade, o crime continua sendo de homicídio, o feminicídio é uma qualificadora do crime de homicídio".

Termo técnico à parte, a Lei 13.104/2015 incluiu um novo inciso no § 2º do art. 121 do Código Penal para prever a qualificadora do Feminicídio que é o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino prevendo pena de 12 a 30 anos de reclusão. Além disso, o legislador objetivando esclarecer e evitar possíveis dúvidas e erros de interpretação previu no §2º -A do art. 121 que na análise do crime será considerado que este se deu em razões de condição do sexo feminino quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Dessa forma, ficou estabelecido que o sujeito ativo do Femicídio pode ser qualquer pessoa, embora geralmente seja cometido por um homem e que o sujeito passivo necessariamente deve ser uma pessoa do sexo feminino independente de idade.

4.- Os Números da Violência Doméstica

A violência doméstica e familiar contra a mulher, como já destacado, é um problema social da mais alta gravidade, principalmente, pelo preconceito enraigado na mentalidade de muitos de que o sexo feminino é inferior o que estimula as mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

variadas formas de violência. Nesse sentido, o legislador, entendendo que a agressão física não é a única forma de violência estabeleceu no art. 5º da Lei Maria da Penha, transcrito *in verbis*, o que configura violência doméstica e familiar contra a mulher.

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Como se observa da redação do dispositivo legal a violência contra a mulher possui diversas facetas e está cada vez mais presente na sociedade. Os números da violência, aliás, são assustadores, pois conforme estudo realizado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputadose divulgado através do documento intitulado: Mapa da Violência Contra a Mulher – 2018, a cada 17 (dezessete) minutos uma mulher é agredida fisicamente em nosso país. Com intervalo de meia em meia hora alguém sofre violência moral ou psicológica e toda semana 33 (trinta e três) mulheres são assassinadas por parceiros ou ex-parceiros.

Em análise ao perfil das vítimas, o estudo concluiu que a maioria delas, aproximadamente 84% (oitenta e quatro por cento) possui idade entre 18 e 59 anos, sendo que a concentração da maioria das vítimas possui entre 24 e 36 anos e sofrem violência semanal que perdura por cerca de 5(cinco) anos. Além disso, quando se passa à analise da violência por região ou estados, segundo o estudo, São Paulo é o estado da federação que apresenta maior taxa de registro de agressões, isto é, 8,5% (1.251 casos) do total nacional. Por outro lado, Alagoas, Distrito Federal, Rio de Janeiro, Goiás e Rondônia representam, em média, 5% dos casos de violência doméstica do país. Aliás, cabe destacar, que o estado de Rondônia é o quinto estado com maior índice de violência contra a mulher, tendo, segundo dados constantes no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

site do Tribunal de Justiça de Rondônia, mais de oito mil processos em trâmite envolvendo violência doméstica no ano de 2019.

Esses números são chocantes tendo em vista que representam apenas o quantitativo de vítimas diretas, não representando aquelas que indiretamente são afetadas pela violência doméstica, como é o caso das crianças e adolescentes que presenciam suas mães sendo agredidas e por vezes também sofrem agressões. Ademais, têm seu desenvolvimento psicológico e rendimento escolar prejudicados, o que demonstra que a violência doméstica e familiar contra a mulher é um grave problema que atinge toda a sociedade.

4 - Ações de Enfrentamento a Violência Doméstica

Diante da gravidade do problema que é a violência doméstica e familiar contra a mulher o Estado, ouvindo o clamor social por justiça, tem desenvolvido algumas ações visando proteger as mulheres e punir seus agressores. No campo legislativo o maior destaque foi a aprovação da Lei 11.340/2006 conhecida em âmbito nacional como lei Maria da Penha e que, como já destacado, é uma lei ampla que prevê a criação de delegacias especializadas, casas de abrigo, juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher etc.

Mais de uma década após a aprovação da Lei Maria da Penha e persistindo os altos índices de violência contra a mulher, o legislador por meio da Lei 13.104/2015 alterou o Código Penal inserindo a qualificadora do Feminicídio que é o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino prevendo pena maior, isto é, 12 a 30 anos de reclusão.

Além do campo legislativo, o Judiciário cumprindo determinações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem desenvolvido várias ações visando punir os agressores. Dentre essas ações, destaca-se a campanha chamada Justiça Pela Paz em Casa que é desenvolvida pelo CNJ em parceria com os tribunais estaduais de todo o país, ocorre três vezes por ano e objetiva aumentar a efetividade da Lei Maria da Penha, concentrando os esforços para agilizar o trâmite dos processos que envolvem violência de gênero e consequentemente dar uma resposta às vitimas e a sociedade.

Ultrapassando o aspecto meramente processual, o programa promove ações interdisciplinares como palestras, reuniões, entrevistas em programas de rádio e televisão etc., geralmente através de psicólogos e assistentes sociais, que procuram dar maior visibilidade ao tema e sensibilizar a sociedade quanto ao drama de violência enfrentado por muitas mulheres.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em âmbito regional, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJ/RO), por meio do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Porto Velho, desenvolve um projeto intitulado "Projeto Abraço", que já tem reconhecimento nacional pelos resultados alcançados no que concerne ao combate da violência contra a mulher. Esse projeto, conforme informações constantes do no site do TJ/RO, consiste na substituição de penas por participação obrigatória em sessões de terapia para os agressores. Assim, ao invés do magistrado condenar ao pagamento de prestações pecuniárias ou determinar a prisão, que por vezes apenas perpetuam a violência doméstica, determina aos agressores a participação obrigatória em dez reuniões de cunho terapêutico, o que tem tido resultados surpreendentes, principalmente pela não reincidência.

A metodologia do projeto envolve a realização de rodas de conversa onde se estimula a externalização de emoções, valores, reflexões e o compartilhamento de experiências entre os participantes. Além disso, internamente a metodologia se subdivide em grupo de convivência masculino que é destinado aos homens acusados de agressões a mulheres e, entre outras coisas, visa possibilitar a compreensão sobre relações de gênero, identificando papéis masculinos e femininos que foram sendo construídos ao longo da história; orientar sobre a influência nefasta do álcool e de drogas na ocorrência de violência doméstica e prevenir a reincidência de condutas e comportamentos agressivos.

Outro grupo presente na metodologia do projeto é o grupo de convivência feminino no qual as mulheres participam de forma voluntária, sendo um espaço de convivência social e acolhimento onde as vítimas de violência doméstica partilham emoções e são estimuladas a reafirmar sua identidade, aumentar o autoconhecimento e a autoestima, exercitar a cidadania e com isso ganham força e empoderamento para conseguir sair do ciclo de violência no qual estão inseridas.

No âmbito do poder executivo o Estado de Rondônia por meio da Lei n. 4.132 de 05 de setembro de 2017 instituiu a chamada Patrulha Maria da Penha que consiste na destinação de viatura e equipe de policiais que prestam atendimento especializado às mulheres vitimas de violência doméstica, conferindo maior efetividade às medidas protetivas de urgência. As ações da patrulha envolvem visitas regulares em dias e horários diferentes para fiscalizar e reprimir atos de violência e tem início a partir do encaminhamento da medida protetiva de urgência pelo Poder Judiciário.

Considerações finais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto pode-se afirmar que a origem da desigualdade de gênero é antiga, remontando, inclusive, ao período da Idade Média. Ao longo da História a mulher vivenciou um processo de invisibilidade e inferiorização no qual não tinha vontade própria e precisava se submeter a papéis socialmente impostos, como é o caso do papel de mãe, esposa, dona de casa etc.

Esse histórico de discriminação e preconceito deixou marcas e embora na atualidade a mulher, em virtude de lei, tenha os mesmos direitos e deveres do que homens, a realidade é que ainda perdura na mentalidade de muitos, a cultura da inferiorização da mulher, que muitas das vezes desemboca em atitudes dominadoras e violentas.

No que se refere especificadamente à questão da violência doméstica, os dados apresentados evidenciam a gravidade da situação enfrentada pelo Brasil em razão dos elevados índices de violência contra a mulher, bem como os avanços no que tange à legislação para punir e reprimir os agressores, como é o caso da conhecida Lei Maria da Penha. Também fica evidente que vem crescendo o empenho do Poder Executivo, através das secretarias de segurança pública e do Poder Judiciário que procura priorizar o julgamento de crimes dessa natureza.

Embora seja de grande importância a existência de legislação rigorosa e de mecanismos estatais para efetivar a lei e punir os agressores de mulheres, a realidade é que a violência doméstica e familiar contra a mulher é um problema social complexo que envolve discursos de gênero preconceituosos enraigados na mentalidade de muitos homens que vêem a mulher como um objeto o qual não podem perder a posse.

Assim sendo, o combate à violência contra a mulher é algo complexo que necessita do envolvimento de toda a sociedade o que o envolve o Estado através do aparato repressor e principalmente da família e escola para que possam estimular reflexões sobre o tema e assim modificar mentalidades preconceituosas em relação a mulher que colaboram para o aumento da violência doméstica.

REFERÊNCIAS

ABRAÇO. Disponível em: < https://www.tjro.jus.br/juizado-mulher-abraco>. Acesso em: 16 de fev. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BARROS, Francisco Dirceu. Crime de feminicídio? Não existe crime de feminicídio!. **Disponível em:<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/172397642/crime-de-feminicidio-nao-existe-crime-de-feminicidio>. Acesso em: 10 de fev. de 2020.**

BORDIEU. Pierre. **A Dominação Masculina**. 2ª Ed – Riode Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

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

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher. Mapa da Violência Contra a Mulher 2018. Brasília: Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher,2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao.de.defesa.dos.direitos.da.mulher.cmulher/arquivos.de.audio.e.video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 14 de fev. de 2020.

_____. Lei n. 11.340 de 07 de Agosto de 2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

_____. Lei n. 11.104 de 09 de Março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em**:<** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 de fev. de 2020.

_____. Rondônia. Lei. 4.132 de 05 de setembro de 2017. Disponível em:< https://sapl.al.ro.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2017/8054/8054_texto_integral.pdf>. Acesso em: 16 de fev. de 2020.

CAPEZ, Fernando**. Curso de Direito Penal**, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) - 16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Nov. 2008. Disponível em: < investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil>. Acesso em: 05 Fev. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FILHO, Amílcar Torrão. Uma questão de gênero: onde o masculino e o feminino se cruzam. ***Cad. Pagu* [online].** 2005, n.24, pp.127-152. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a07.pdf>. Acesso em: 06 de fev. de 2020.

MATOS, Maurren Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Cristino. A Evolução Dos Direitos da Mulher. *Colloquium Humanarum*, v. 4, n.1, Jun. 2007, p. 74-90. Disponível em:< https://revistas.unoeste.br/index.php/ch/article/view/223/606>. Acesso em: 08 de fev. de 2020

MOREIRA, Maria Cecilia Gonçalves. A Condição Feminina: Uma Breve Retropesctiva Histórica**.** In: **__A Violência Entre Parceiros Íntimos: O Difícil Processo da Ruptura**. Rio de Janeiro. 2005. 102 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0310205_05_cap_02.pdf. Acesso em: 05 de fev. de 2020.

OLGIVIE, Lloyd John. **O que Deus tem de melhor para minha vida**. São Paulo: Editora Vida, 2006.

PÁTARO, Cristina Satiê de Oliveira; MEZZOMO, Frank Antonio. **Mulheres e relações de gênero: o jornal como fonte e recurso pedagógico**. Grupo de Pesquisa Cultura e Relações de Poder. Campo Mourão, 2014, 68p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A REALIZAÇÃO DE PESQUISAS AUXILIARES NAS EXECUÇÕES, CUMPRIMENTOS DE SENTENÇA E REQUISIÇÕES DE PAGAMENTO EM FACE DA UNIÃO

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

A prática da advocacia pública possui nuances que, não raro, sequer têm aprofundamento recorrente na seara da doutrina. Uma das questões urgentes e que afligem aos militantes dessa Função Essencial à Justiça – sem sombra de dúvidas – é a fase executória.

Nesse toar, é certo que o ordenamento jurídico garante às partes a prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável, consoante preveem os artigos 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (CF) e 4º, 6º, 8º e 139, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC).

Em que pese essa premissa basilar, a celeridade processual e a razoável duração do trâmite de ações devem se acoplar ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório pleno, conforme estipulam os artigos 5º, incisos LIV e LV, da CF e 7º do CPC.

Na seara da fase executória essa celeuma dicotômica ganha maior relevo, haja vista que de um lado há o credor ansioso em busca da satisfação de seu crédito e, de outro, o devedor preocupado a quem competirá arcar com os ônus da condenação. Há uma tendência natural, por isso, de que o exequente tenha pressa e o devedor precaução.

A par disso, não obstante a cautela de costume na atuação dos membros da advocacia pública, a realidade de judicialização em massa contra a Fazenda Pública acaba por gerar situações onde não se consegue obter informações precisas da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Administração Pública acerca da real situação do exequente, inclusive pelos prazos processuais curtos e preclusivos.

Assim, não é incomum ocorrer o pagamento em duplicidade de fornecedores (exequentes) que, inconformados com uma demora no cumprimento de um contrato administrativo, acabaram ajuizando uma demanda perante o Poder Judiciário; porém não informaram em juízo que receberam a quantia postulada posteriormente na seara administrativa, em evidente violação ao dever processual de boa-fé e cooperação (artigos 5º e 6º do CPC) e à vedação ao enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil).

Ainda, existem casos de ajuizamento de ações em ofensa aos institutos da coisa julgada (artigos 5º, inciso XXXVI, da CF, e 337 do CPC) e da litispendência (artigos 337 e 502 do CPC), numa reiteração maliciosa de demandas em face da Fazenda Pública.

Lado outro, nem mesmo a Fazenda Pública acaba comunicando essa quitação voluntária à advocacia pública para fins de peticionamento em juízo, em razão da falta de planejamento, diálogo e de condições materiais e humanas para esse mister. E essa ausência de cruzamento de dados gera não só o citado pagamento em duplicidade, mas, em alguns casos, a movimentação da máquina judiciária por anos em busca da satisfação de um crédito já adimplido.

Visando a solucionar essa questão, a Procuradoria Geral da União (PGU) editou a Portaria nº 16, de 21 de julho de 2020, a qual disciplina a realização de pesquisas auxiliares nas execuções e cumprimentos de sentença em face da União, bem como os procedimentos aplicáveis na análise de conformidade das requisições de pagamento.[1]

Segundo a mencionada portaria, as pesquisas auxiliares objetivam fornecer subsídios complementares para a impugnação da pretensão executória. A análise de conformidade das requisições de pagamento competirá ao Advogado da União responsável pela tarefa judicial relativa aos precatórios e requisições de pequeno valor e pressupõe as seguintes etapas: a) conformidade contábil pela análise de aderência integral dos cálculos aos parâmetros definidos pelo título judicial; e b) conformidade jurídica mediante a análise da juridicidade da requisição de pagamento.

Assim, caberá ao Advogado da União solicitar a análise contábil da requisição de pagamento, a ser realizada pelo Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União ou Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias competente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Visando a coibir os pagamentos em duplicidade e os casos de violação à coisa julgada e à litispendência, a Portaria nº 16/2020 estipula que:

CAPÍTULO II

Das PESQUISAS AUXILIARES

Art. 4º Recebida a citação da execução ou a intimação do requerimento de cumprimento de sentença, os Advogados da União devem solicitar pesquisas auxiliares ao setor administrativo da Procuradoria-Geral da União ou do órgão de execução responsável pelo processo com o intuito de identificar:

I - os pagamentos realizados administrativa ou judicialmente aos exequentes, no mesmo processo ou em processos com idêntico objeto, ainda que a União não seja parte do processo; e

II - as ações judiciais individuais ou coletivas com objetos idênticos ao daquela que originou a execução ou cumprimento de sentença, buscando instruir análise de litispendência e coisa julgada.

§ 1º As pesquisas auxiliares poderão ser realizadas em outro momento processual, restringindo-se o novo relatório ao período não abrangido por eventual pesquisa anterior, ou ter por objeto também a identificação de eventuais débitos dos exequentes em face da Administração Pública Federal direta e indireta, desde que haja solicitação expressa do Advogado da União para essa finalidade.

§ 2º Incumbe às chefias dos órgãos de execução definir o fluxo interno para realização das pesquisas auxiliares em seus setores administrativos.

Art. 5º O resultado das pesquisas auxiliares será documentado em relatório e juntado ao sistema SAPIENS, constando, no mínimo, os resultados das consultas aos seguintes sistemas:

I - Sistema SAPIENS;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

II - Banco de Pagamentos Judiciais - PAGJUDICIAIS/DCP/PGU; e

III - Sistema de Cálculos e Perícias da Advocacia-Geral da União - SICAP/DCP/PGU, quando se tratar de demandas relativas a pagamento ou incorporação de 3,17% ou 28,86%.

§ 1º O relatório com o resultado das consultas indicará o objeto das ações judiciais, permitindo a identificação de eventual litispendência ou coisa julgada, assim como o risco de pagamento em duplicidade.

§ 2º Na análise do relatório de que trata o §1º, o Advogado da União poderá desconsiderar de imediato as ações judiciais com indicativo de litispendência ou coisa julgada e de pagamento em duplicidade cujo objeto seja diverso daquele tratado no processo de execução ou no cumprimento de sentença sob sua responsabilidade.

§ 3º O resultado das pesquisas auxiliares poderá constar do Parecer Técnico elaborado pelo Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União ou pelo Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias competente, em caso de análise contábil concomitante.

Art. 6º As pesquisas auxiliares devem ser realizadas quando o valor da execução superar 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 1º O valor indicado no caput corresponde à quantia total cobrada por cada exequente ou substituído, excluídos os honorários advocatícios ou periciais.

§ 2º O previsto neste artigo não autoriza a abstenção da prática das medidas judiciais cabíveis, em relação a execuções de valor inferior ao previsto no caput, quando, por qualquer outro meio, o Advogado da União tiver conhecimento de alguma causa extintiva, impeditiva ou modificativa da obrigação.

Sob outra perspectiva, a análise de conformidade nos moldes da citada portaria se dará da seguinte forma:

CAPÍTULO III

DA ANÁLISE DE CONFORMIDADE DAS REQUISIÇÕES DE PAGAMENTO

Seção I

Das providências preliminares

Art. 7º Recebida a intimação da requisição de pagamento, compete à Secretaria Judiciária da Procuradoria-Geral da União ou do respectivo órgão de execução, ou ao serviço de Apoio Jurídico com funções correspondentes, conforme normas de organização interna da unidade, adotar as seguintes providências:

I - cadastrar os processos no SAPIENS, de forma apropriada, indicando, caso ainda não tenha sido feito:

a) a relação de beneficiários, com nome completo e CPF; e

b) o valor executado, no campo "VALORES".

II - criar e distribuir a tarefa judicial "ANALISAR INTIMAÇÃO" para o setor ou Advogado da União responsável pela análise de conformidade;

Parágrafo único. À Coordenação-Geral de Gestão Judicial da Procuradoria-Geral da União é facultada a emissão de orientações complementares acerca da operacionalização e do registro de pagamentos judiciais no SAPIENS.

Seção II

Da análise de conformidade jurídica

Art. 8º Compete ao Advogado da União, a quem for distribuída a tarefa judicial oriunda da intimação de expedição da requisição de pagamento ou a tarefa administrativa decorrente do ofício requisitório, analisar a juridicidade da requisição de pagamento.

Art. 9º A análise da juridicidade consiste na observância do cumprimento dos requisitos constitucionais, legais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regulamentares da requisição de pagamento, especialmente quanto:

I - ao trânsito em julgado ou ausência de controvérsia sobre o valor requisitado, nos termos da Súmula da Advocacia-Geral da União nº 31, de 9 de julho de 2008; e

II - à necessidade de adoção de medida judicial capaz de impedir ou suspender o pagamento da requisição.

Seção III

Da análise de conformidade contábil

Art. 10. O Advogado da União deve avaliar, no caso concreto, se os elementos constantes dos autos permitem a análise da conformidade jurídica e contábil sem a necessidade de remessa do feito ao Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União ou ao Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias competente.

§ 1º Quando necessária, nova análise contábil deve ser solicitada mediante remessa de "Comunicação" da espécie "ANALISAR REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO", nos termos da Portaria PGU nº 1, de 1º de março de 2017.

§ 2º A análise contábil é dispensada quando:

I - o valor da requisição de pagamento não superar R$ 10.000,00 (dez mil reais);

II - o valor da requisição de pagamento coincidir com o valor reconhecido pela União em manifestação anterior; ou

III - seja possível verificar, de plano, que o excesso da requisição de pagamento não supera 20% (vinte por cento) do valor reconhecido pela União, desde que a diferença não ultrapasse R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

§ 3º Ainda que não caracterizada a hipótese do inciso II do § 2º, a análise contábil da requisição de pagamento pode ser dispensada, independentemente do valor, quando houver prévia manifestação sobre os aspectos contábeis dos cálculos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que embasaram a requisição e não tenha havido alteração dos critérios anteriormente utilizados, especificamente quanto ao período de abrangência da condenação (início e término), à taxa e ao período de incidência dos juros de mora e aos índices da correção monetária.

§ 4º As dispensas previstas nos parágrafos anteriores não se aplicam quando o Advogado da União solicitar nova análise contábil com amparo em teses supervenientes que possam implicar a redução dos valores requisitados ou a extinção da obrigação.

Art. 11. Compete ao Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União ou ao Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias realizar, por solicitação do Advogado da União responsável pela tarefa judicial, a análise contábil dos valores objeto das requisições de pagamento, evidenciando em parecer técnico quaisquer divergências em relação:

I - aos critérios fixados na decisão que determinou o pagamento em relação ao período de abrangência da condenação (início e término), à taxa e ao período de incidência dos juros de mora e demais encargos e aos índices e à metodologia de aplicação da correção monetária;

II - ao percentual e ao valor final dos honorários advocatícios;

III - aos erros materiais identificados, indicando as correções realizadas; ou

IV - à dedução de pagamentos feitos, indicados pelo Advogado da União do processo.

Essas medidas, uma vez implantadas, servirão de instrumento para o devido combate ao desperdício de recursos públicos, bem como à instrução de possíveis ações de ressarcimento ao erário. Uma ferramenta como essa vai ao encontro da necessidade de se combater a própria impunidade e corrupção, como bem assevera a doutrina de Lucas Rocha Furtado – Subprocurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (TCU):

Como resultado desse imenso quadro, temos o crescente sentimento de impunidade, que cria a ideia de que desviar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> recursos públicos é um bom negócio, de que fraudar o Estado envolve muito poucos riscos. No Brasil, portanto, ao contrário do que deveria ocorrer, nenhum efeito a coercibilidade – que na técnica jurídica deveria funcionar como freio à prática do ato ilícito na medida em que deveria criar o temor ou receio de punição pelo cometimento da infração – exerce sobre o infrator, pois o sentimento que mais prospera é o da impunidade.[2]

Por isso mesmo o planejamento acerca dos atos praticados na seara processual, a partir de informações colhidas diretamente no âmago da Administração Pública no momento do exercício da função constitucional da advocacia pública, contempla o próprio princípio da eficiência administrativa. Nesse sentido é a doutrina:

> Mas que é eficiência? No Dicionário Aurélio, eficiência é 'ação, força virtude de produzir um efeito; eficácia.'
>
> Ao que nos parece, pretendeu o 'legislador' da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, o que podemos afirmar é sempre a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores.
>
> Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo princípio constitucional outro significado aliando-se-o ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle do Tribunal de contas.
>
> Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.[3]

Frente ao exposto, entende-se que andou bem a Procuradoria Geral da União (PGU) ao editar a Portaria nº 16, de 21 de julho de 2020, haja vista que direcionou a atuação de seus membros para o efetivo combate ao desperdício de recursos públicos, otimizando o comportamento processual da Fazenda Pública em juízo, modelo tal que merece ser replicado pelas Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com as devidas adaptações às suas respectivas realidades locais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] **BRASIL**. Advocacia Geral da União (AGU). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-16-de-21-de-julho-de-2020-267957131>. Acesso em: 02 ago. 2020.

[2] FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção no Brasil – Estudo de caso e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

[3] FIGUEIREDO, Lúcia Vale. ***Curso de Direito Administrativo***. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RELAÇÕES BIOGRÁFICAS DE JOAQUIM CARDOZO COM O COMPLEXO ARQUITETÔNICO DA PAMPULHA, BELO HORIZONTE-MG: SUGESTÃO DE LEGISLAÇÃO PARA SUA HOMENAGEM TOPONÍMICA EM PARQUE MUNICIPAL URBANO NO ENTORNO DA BARRAGEM

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitordo XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: A capital federal tem obras desafiadoras aos olhos e à mente. Visitar ou apenas contemplar a Catedral Metropolitana, o Palácio da Alvorada e o Palácio do Planalto, é perceber feitos arquitetônicos considerados impressionantes. Bases estruturais delicadas e leves apenas tocam no terreno. Isso se deve às hipóteses de cálculo que permitiram revolucionar trabalhos, considerando-se que a resistência do concreto à época, era cinco vezes menor do que nos dias atuais. Isso se consolidou graças às teorias de cálculo do engenheiro Joaquim Moreira Cardozo, que consentiram que as bases da Catedral Metropolitana da capital federal e dos principais palácios de Brasília exclusivamente tocassem o solo, como agulhas. Especializado em cálculo de estruturas, consagrou-se pela cooperação arquitetônica modernista com Oscar Niemeyer na edificação de Brasília, nos anos 1960, e do Conjunto da Represa Pampulha, nos anos 1940. Levando em conta o conjunto moderno em Belo Horizonte, notam-se grandes nomes vinculados a Oscar Niemeyer, dentre eles, o gênio da engenharia civil, Joaquim Moreira Cardozo. Mais este notável pernambucano ainda não foi homenageado na capital mineira. O presente trabalho destina-se a apresentar sua importância nas questões da Pampulha onde atuou como calculista com vistas a propor um projeto de lei em sua homenagem. A metodologia consistiu basicamente em esboçar a cronologia, com sugestões toponímicas correlacionadas ao um parque urbano nas adjacências.

Palavras-chave: Cultura, Ecologia, Projeto de Lei, Toponímia, Unidades de Conservação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABSTRACT: The federal capital has challenging works for the eyes and the mind. To visit or just contemplate the Metropolitan Cathedral, the Palácio da Alvorada and the Palácio do Planalto, is to perceive architectural feats considered impressive. Delicate and light structural bases only touch the ground. This is due to the calculation hypotheses that allowed to revolutionize works, considering that the resistance of the concrete at the time, was five times lower than in the current days. This was consolidated thanks to the theories of calculation by engineer Joaquim Moreira Cardozo, who allowed the bases of the Metropolitan Cathedral in the federal capital and the main palaces in Brasília to exclusively touch the ground, like needles. Specialized in structural calculations, he was consecrated by the modernist architectural cooperation with Oscar Niemeyer in the building of Brasília, in the 1960s, and of the Conjunto da Represa Pampulha, in the 1940s. Considering the modern complex in Belo Horizonte, there are great names linked to Oscar Niemeyer, among them, the civil engineering genius, Joaquim Moreira Cardozo. Yet this notable Pernambucano has not yet been honored in the capital of Minas Gerais. This paper aims to present its importance in the issues of Pampulha where he worked as a calculator with a view to proposing a bill in his honor. The methodology basically consisted of sketching the chronology, with toponymic suggestions correlated to an urban park in the vicinity.

Keywords: Culture, Ecology, Bill, Toponymy, Conservation Units.

INTRODUÇÃO

O pernambucano Joaquim Maria Moreira Cardozo nascido no bairro do Zumbi, em Recife, aos 26 de agosto de 1897 foi um brasileiro com múltiplas formações: caricaturista, contista, crítico de arte, dramaturgo, desenhista, editor de revistas de arte e arquitetura, engenheiro estrutural, ilustrador, poeta1, professor universitário e tradutor. Era poliglota, conhecendo cerca de quinze idiomas. Joaquim Moreira Cardozo (Figura 01) entrou no curso de Engenharia Civil no ano de 1915 tendo colado grau apenas em 1930. Entre os anos de 1934 e 1937 trabalhou com o arquiteto carioca Luiz Carlos Nunes de Souza (1909-1937) na Diretoria de Arquitetura e Urbanismo em Recife. Em 1935, levou para a exposição comemorativa da Revolução

[1] Suas primeiras poesias datam de 1924, contudo, o primeiro livro de Cardozo, "Poemas" surgiu em 194,7 apenas por pura insistência dos amigos que tinha. Dono de uma memória prodigiosa, sabia todos os poemas escritos que uma decorados, não os modificaria, em nenhum ponto ou vírgula, quando os recitava publicamente em ocasiões distintas e períodos especiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Farroupilha, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, a primeira mostra de arquitetura brasileira moderna. Posteriormente, tendo reassumido as cadeiras2 nas Escolas de Engenharia e de Belas Artes a partir de 1936 se torna paraninfo da classe de Engenharia, que se formou em 1939, quando seu discurso considerado subversivo verte ao consequente embate com o governador de Pernambuco, Agamenon Sérgio de Godoy Magalhães (1893-1952) da Aliança Liberal. Por esta causa mudou-se para o Rio de Janeiro, capital federal. Em 1940, passou a trabalhar no SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, criado em 1937 e tendo como parceiros: o arquiteto e urbanista franco-brasileiro Professor Lúcio Marçal Ferreira Ribeiro de Lima Costa (1902-1998), o artista plástico paulistano Roberto Burle Marx (1909-1994) e o advogado, escritor e jornalista mineiro Rodrigo Melo Franco de Andrade (1898-1969). Entretanto, para Rezende et. al (2012, p. 01), oficialmente, o órgão SPHAN:

> só foi criado no ano seguinte com a promulgação, em 13 de janeiro de 1937, da Lei nº. 378. O SPHAN foi integrado à estrutura do Ministério da Educação e Saúde (MES), na categoria de Instituições de Educação Extraescolar dos Serviços relativos à Educação. Os objetivos da criação do Serviço foram estipulados no artigo 46 da Lei, no qual se afirmava: "fica criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o País e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional" (BRASIL, 1937, art. 463). Além dessas atribuições, o Serviço

[2] Joaquim Moreira Cardozo chegou a ser o catedrático responsável pela cadeira "Teoria e Filosofia da Arquitetura" na antiga Escola de Belas Artes de Pernambuco. Fonte: http://www.paralerepensar.com.br/paralerepensar/texto.php?id_publicacao=45743

3 Art. 46. Fica creado o Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o Paiz e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimonio historico e artístico nacional.
§ 1º O Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional terá, além de outros orgãos que se tornarem necessarios ao seu funccionamento, o Conselho Consultivo.
§ 2º O Conselho Consultivo se constituirá do director do Serviço do Patrimonio Historico e Artistico Nacional, dos directores dos museus nacionaes de coisas historicas ou artísticas, e de mais dez membros, nomeados pelo Presidente da Republica.
§ 3º O Museu Historico Nacional, o Museu Nacional de Bellas Artes e outros museus nacionaes de coisas historicas ou artísticas, que forem creados, cooperarão nas actividades do Serviço do Patrimonio Historico e Artistico Nacional, pela fórma que fôr estabelecida em regulamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

incorporava, também, as funções do Conselho Nacional de Belas Artes: "Fica extinto o Conselho Nacional de Belas Artes, cujas funções passarão a ser exercidas pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e pelo Museu Nacional de Belas Artes" (BRASIL, 1937, art. 1304). A Lei nº. 378 criou, ainda, o Conselho Consultivo do SPHAN, como um órgão necessário ao funcionamento do Serviço, e determinou sua composição: "o Conselho Consultivo se constituirá do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dos diretores dos museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, e de mais dez membros, nomeados pelo Presidente da República5" (BRASIL, 1937, art. 46, § 2º). Estipulou também a necessidade de cooperação em suas atividades do "Museu Histórico Nacional, o Museu Nacional de Belas Artes e outros museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, que forem criados" (BRASIL, 1937, art. 46, § 3º).

Figura 01 – Cardozo em companhia de Oscar Niemeyer e Paulo Werneck

4 Art. 130. Fica extincto o Conselho Nacional de Bellas Artes, cujas funções passarão a ser exercidas pelo Serviço. do Patrimonio Historico e Artistico Nacional e pelo Museu. Nacional de Bellas Artes.

5 Getúlio Dornelles Vargas (São Borja, 19 de abril de 1882 — Rio de Janeiro, 24 de agosto de 1954)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://vermelho.org.br/2012/12/07/niemeyer-e-joaquim-cardozo-poetas/

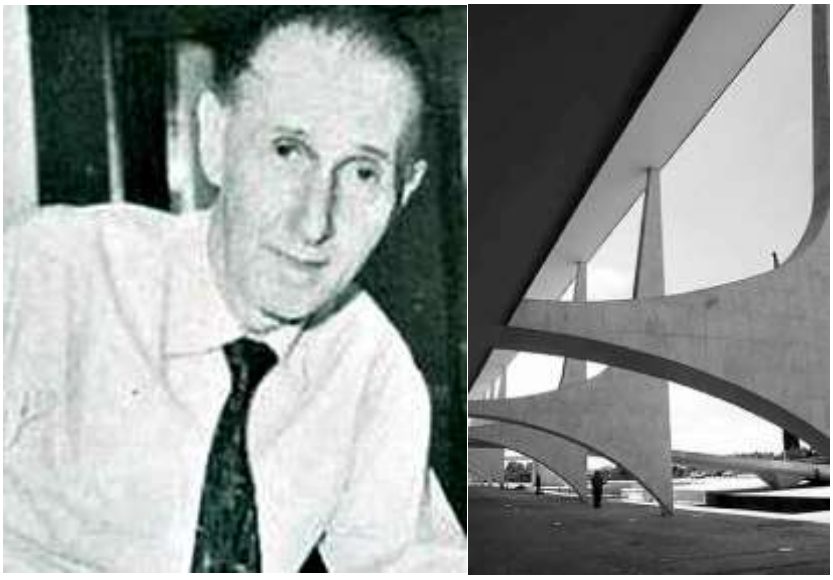
Conhece o arquiteto carioca Oscar Ribeiro de Almeida Niemeyer Soares Filho (1907-2012) em 1941 e é convocado para realizar os cálculos estruturais do conjunto moderno da Lagoa da Pampulha, tarefa terminada apenas em 1945. No período compreendido entre 1956 e 1964 concretiza o cálculo estrutural dos mais relevantes edifícios da nova capital federal, Brasília (Figura 02). A biografia de Joaquim Moreira Cardozo é um contexto à parte dada a amplitude de seus dons. Abrindo mão de sua vida pessoal foi um exemplo ímpar de genialidade e de sociabilidade. Joaquim Moreira Cardozo, o engenheiro, o teórico de arquitetura, o poeta. Múltiplas aspirações e concepções quando ele afirmou que "eu não sou bem um poeta. Minha vida é que é cheia de hiatos de poesia6". Eternamente, Joaquim Moreira Cardozo deixou um legado, muito além de seus livros poéticos e obras modernistas. Fez-se inspiração nas nuances da modernidade. Branco (2012, on line) atesta que:

> Um dos mais importantes foi o pernambucano Joaquim Cardozo, morto em 1978, que, além de engenheiro, foi poeta. Seus cálculos ajudaram a erguer nada menos que a Catedral Metropolitana, o Palácio da Alvorada, o Palácio do Planalto e o Congresso Nacional. Para especialistas, a parceria de Cardozo com Niemeyer foi um encontro que não poderia ter dado mais certo.
>
> "Essa colaboração foi uma das convergências mais mágicas entre arquiteto e engenheiro de que se tem notícia", afirma o arquiteto e urbanista Frederico Flósculo, professor da Universidade de Brasília (UnB). Segundo Flósculo, Niemeyer tinha um domínio "intuitivo" do uso do concreto.
>
> "Ele tinha o conhecimento intuitivo e seus engenheiros traziam aquilo à compreensão científica. Niemeyer jamais fez um desenho tolo. Ele estimulou os engenheiros a bolar cálculos inovadores. Foi uma escola de engenharia que se

[6] Não visualizo qualquer incompatibilidade entre poesia e a arquitetura. As estruturas planejadas pelos arquitetos modernos são verdadeiras poesias. Trabalhar para que se realizem esses projetos é concretizar uma poesia. Fonte: https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/06/13/joaquim-cardozo-o-poeta-dos-calculos/#:~:text=%E2%80%9CN%C3%A3o%20visualizo%20qualquer%20incompatibilidade%20entre,do%20final%20dos%20anos%2020.

formou em torno de Oscar Niemeyer", diz, ressaltando que o arquiteto encontrou em Cardozo e em outros profissionais a ajuda para erguer estruturas complexas.

Figura 02 - Cardozo: planejamento matemático para as colunas do Palácio do Planalto



Fonte: https://www.researchgate.net/figure/Figura-6-Detalhe-das-colunas-do-Palacio-Planalto-mostrando-o-engrossamento-posterior-na_fig6_306350158

As obras arquitetônicas, de maior vulto, erguidas que se basearam nos cálculos estruturais de Cardozo são a Catedral Metropolitana de Brasília (Figura 03), o Congresso Nacional, o Palácio da Alvorada, o Palácio Itamaraty, o Palácio do Planalto, o Palácio do Supremo Tribunal Federal e a mineira Igrejinha de São Francisco de Assis. No Recife, se destacam o Pavilhão Luiz Nunes, no passado, Instituto de Verificação de Óbitos da antiga Escola de Medicina e atualmente sede do Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB) e a Caixa d'Água de Olinda, ambos datados de 1936 e primeiros exemplares da arquitetura moderna brasileira. A conexão de Cardozo com a arquitetura não se ateve à sua performance como engenheiro estrutural de edifícios projetados por Luiz Nunes, Niemeyer e outros arquitetos. Em 04 de fevereiro de 1971, ele ficou fortemente abalado com o acidente do desabamento do Pavilhão da Gameleira, em Belo Horizonte que ocasionou a morte de 68 trabalhadores e 50 feridos. A obra, tido como o maior acidente da construção civil brasileira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

empreendida pelo governador estadual Israel Pinheiro, tinha sido projetada por Oscar Niemeyer e calculada no seu escritório. Depois disso, Cardozo terminou sua atividade profissional como calculista. Ele foi primeiramente condenado pela tragédia, em março de 1974, a dois anos e dez meses de cárcere. Foi depois absolvido pelo Tribunal da Alçada de Minas Gerais. No dia 04 de novembro de 1978, aos 81 anos de idade, faleceu vítima de arteriosclerose. Cardozo deixou documentos que, embora de extremamente sintéticos, possuem conceitos expressivos para a constituição de uma Teoria da Arquitetura. Segundo escritos de Macedo e Silva (2016, p. 04):

> Niemeyer adotava uma forma anti-intelectual, quase vernácula, de escrever, e Cardozo sempre apresentava em seus textos referências de outros autores – a maioria da Rússia, da Alemanha e do Leste Europeu –, que o tinham levado a um pensamento específico, citando-os nas línguas originais. Quando Niemeyer inventou seu vocabulário inicial com pilares esbeltos, lajes planas, abóbodas e formas livres, baseado em princípios estruturais, foi Cardozo que o adaptou a formas geométricas e matemáticas em um caminho que buscava não subordinar a invenção arquitetônica a ela, mas, sim, obter o máximo desempenho de formas visivelmente coerentes estaticamente e também ajudar a conciliar o ajuste que – embora estruturalmente necessário – poderia comprometer a pureza pretendida. Diante da constatação de que Cardozo já havia empregado arcos parabólicos na escola Alberto Torres, é plausível que ele provavelmente tenha contribuído decisivamente pela adoção da abóbada parabólica mundialmente conhecida da Igreja da Pampulha, projetada em 1943. Apesar da composição geométrica pura que essa igreja possa aparentar, ela oculta uma série de expedientes para torná-la viável construtivamente e adequada ao uso. As abóbodas menores não são parabólicas, mas arcos circulares travados com vigas ocultas nas paredes. A abóboda maior suporta o coro e a marquise frontal, o que resultou em cargas pontuais que também tiveram que ser compensadas com reforços de aço escondidos na casca. A casca de concreto, na verdade, teve sua espessura aumentada devido às camadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

externas de isolamento térmico, impermeabilização, cobertura em porcelanato e revestimento interno em placas de madeira. É, de fato, uma complexa solução construtiva com aparência de forma pura, tal como desejado pelos autores.

Figura 03 - Projeto estrutural de Cardozo para a Catedral de Brasília

Fonte: https://www.blogdaarquitetura.com/uma-analise-estrutural-da-catedral-de-brasilia-de-oscar-niemeyer/

CONJUNTO MODERNO DA PAMPULHA: biografia do homenageado

A capital mineira, ostenta uma paisagem declarada em 17 de julho de 2016, pela UNESCO, como Patrimônio Cultural da Humanidade. Mas, a sexta maior cidade do país, Belo Horizonte, desconhece o expressivo legado deixado por Joaquim Moreira Cardozo. Resta a mobilização popular para a correção deste triste fato. Como descrito foi um dos expoentes do Modernismo brasileiro, engenheiro responsável pelos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

complexos projetos estruturais que permitiram a edificação das mais formidáveis obras de Brasília e do Conjunto Arquitetônico da Pampulha, os monumentos mais conhecidos da carreira de Oscar Niemeyer, Cardozo revolucionou a compreensão estrutural do concreto armado com seus procedimentos de cálculo, cooperando para a renovação da arquitetura mundial (Figura 04). Por causa dessa amplitude intelectual, nas palavras de Niemeyer, Joaquim Moreira Cardozo era "o brasileiro mais culto que existia".

Figura 04 - Cardozo: planta de formas da base de suporte da cúpula da Câmara dos Deputados

Fonte: https://periodicos.unb.br/index.php/paranoa/article/download/11440/10072/

Após concluir o curso secundário no Ginásio Pernambucano, Joaquim Moreira Cardozo principiou os estudos universitários na Escola de Engenharia de Pernambuco, em 1915. Apenas formou-se após decorridos quinze anos, devido a morte do pai e dos problemas socioeconômicos associados à esta fatalidade. Nesta ocasião prestou serviço militar e atuou como topógrafo. No ano em que concluiria o curso de engenharia, tornou-se desenhista técnico em projetos de irrigação e perfuração de poços tubulares do Governo de Pernambuco, com o alemão Von Tilling. Após a morte do engenheiro Von Tilling, Joaquim Moreira Cardozo ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

universitário foi designado para o projeto de irrigação de uma das ilhas do rio São Francisco. Em seguida, efetuou os cálculos das curvas parabólicas verticais da primeira rodoviária com pavimentação em concreto do Nordeste, no Recife. Seria um laboratório para Pampulha e Brasília (Figura 05)

Figura 05 - Palácio do Planalto - Brasília, DF

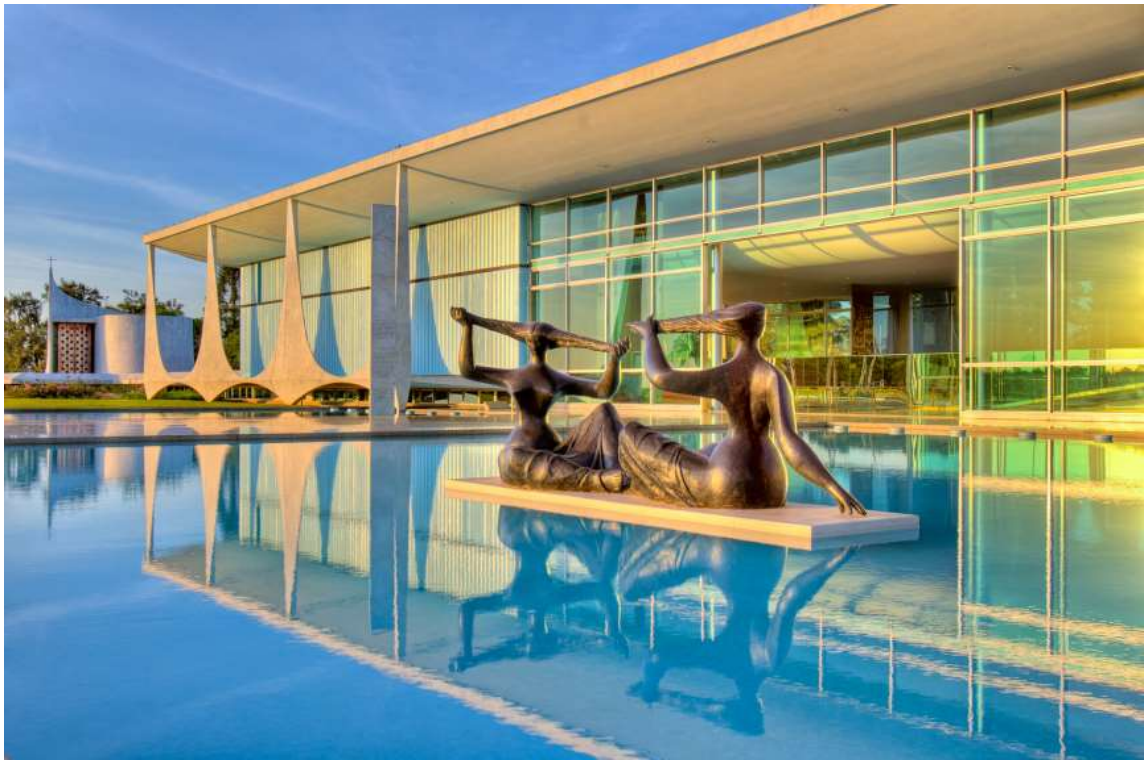
Fonte: https://casavogue.globo.com/Arquitetura/Edificios/noticia/2017/01/por-dentro-do-palacio-do-planalto-sede-do-poder-executivo-no-brasil.html

A partir de 1931, já formado, é admitido na Secretaria Estadual de Viação e Obras Públicas atuando como engenheiro rodoviário. Em 1934, Joaquim Moreira Cardozo alinha-se à equipe do arquiteto e urbanista carioca Luiz Nunes, notadamente contratado para estabelecer a Diretoria de Arquitetura e Construção, instituição governamental pioneira no Brasil fundada com esse escopo. Foi também professor da Escola de Engenharia e um dos fundadores da Escola de Belas Artes de Pernambuco. Pioneiro da arquitetura moderna, Cardozo revigorou o ponto de vista estrutural do concreto armado e os processos de cálculo, cooperando para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

progresso da engenharia civil. Ensinou até 1939, ano em que passou por medidas repressivas do Estado Novo por suas análises aos métodos governamentais no campo da arquitetura e da engenharia. Transferiu-se então para o Rio de Janeiro, onde se associou a Oscar Niemeyer. Nasceria a parceria mais frutífera que resultaria em obras belas do Modernismo Brasileiro (Figura 06).

Figura 06 - Palácio da Alvorada - Brasília, DF



Fonte: https://ultimaparada.wordpress.com/2013/01/19/palacio-do-alvorada-abre-a-visitacao-todos-os-dias-em-janeiro/

Cardozo parte dos cálculos estruturais na Pampulha e em Brasília (Figura 07) para a literatura. Conviveu com poetas modernistas, como os pernambucanos João Cabral de Melo Neto (1920-1999) e Manuel Carneiro de Sousa Bandeira Filho (1886-1968), publicando vários livros, no período entre 1946 e 1975, utilizando como assunto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

especialmente sua terra natal, Recife, assim como o Nordeste brasileiro7. Foi crítico de arte e tradutor. Eleito para a Academia Pernambucana de Letras, em 18 de fevereiro de 1975, tomou posse em 06 de setembro de 1977, ocupando a Cadeira nº 39, um ano antes de seu falecimento. Ao todo, publicou onze livros, dos quais destacam-se "Poemas" com prefácio do poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade (1902-1987), duas obras teatrais, "O Coronel de Macambira" e "De uma Noite de Festa", e suas "Poesias Completas". Um livro intitulado "Aceso e Nove Canções Sombrias" foi sua última publicação postumamente. Sua passagem pela imprensa incluiu o Diário de Pernambuco como chargista, a Revista do Norte, como colaborador e diretor e ainda passagens pelas revistas Módulo, Para Todos e Patrimônio Histórico.

Figura 07 - Palácio Itamaraty - Brasília, DF

[7] Sua dramaturgia se inspira nas fontes populares da cultura nordestina, mas transcende essas matrizes estéticas reunindo, de modo poético, referências advindas de culturas estrangeiras, e de diversos campos do saber, como as ciências exatas e a filosofia. Fonte: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa3908/joaquim-cardozo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://www.expedia.com.br/Palacio-Do-Itamaraty-Brasilia.d6098040.Guia-de-Viagem

Publicou "Antologia de Poetas Brasileiros Bissextos Contemporâneos", oito poemas, em livro organizado por Manuel Bandeira, datado de 1946; "Poemas", no ano de 1947; "O Coronel de Macambira: bumba meu boi", em dois quadros, em 1963; "Poesias Completas", cuja data é 1971; "Os Anjos e os Demônios de Deus", lançado em 1973; "O Interior da Matéria" e "O Capataz de Salema", no ano de 1975. Visto como um homem discreto e sem ego, Joaquim Moreira Cardozo não teve filhos e morreu solteiro, o que dificultou a difusão de sua vasta e brilhante obra cultural. Faleceu em Olinda, no dia 04 de novembro de 1978 deixando legados que compõe o patrimônio material em Belo Horizonte, Brasília, Olinda, Recife e Rio de Janeiro (Figura 08) e suas escritas.

Figura 08 - Maracanãzinho - Rio de Janeiro, RJ

Fonte: https://www.guiadasemana.com.br/rio-de-janeiro/esportes/estabelecimento/ginasio-do-maracanazinho

ÁREA ECOLÓGICA PROPOSTA PARA A HOMENAGEM CULTURAL

Informações acerca do Bairro Santa Rosa, na Região da Pampulha, atestam que ele nasceu em 1974. Mas, o mesmo não se acha em um ponto geográfico historicamente tão novo. Assim como em outros locais de Belo Horizonte, parte do espaço é mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

antigo que a cidade inaugurada em 12 de dezembro de 1897. Na época do arraial de Nossa Senhora da Boa Viagem do Curral del-Rei, nome do lugar escolhido para abrigar a nova capital, essa região já era conhecida como Pampulha Velha, onde encontrava-se o Arraial de Santo Antônio da Pampulha (atual região do Aeroporto da Pampulha). Conta-se que a denominação toponímica fazia alusão a seus principais habitantes, que chegaram de Portugal. Eles alcunharam a área de Pampulha, designação de onde viviam em Lisboa. Atualmente, essa localidade lisboeta não existe mais e nomeia apenas a rua Calçada da Pampulha, na capital portuguesa. Com a chegada da equipe que construiria o conjunto moderno no entorno da lagoa e que posteriormente também realizaria trabalhos em Brasília (Figura 09), a Pampulha Velha (passado/colonial/rural) foi sendo gradativamente substituída pelos áreas modernistas da Pampulha Nova (futuro/moderno/urbano). Isso porque a região era essencialmente agrossilvipastoril, sendo que o Museu Virtual da Pampulha (2020, on line) atesta que:

> A região hoje conhecida como Pampulha por vezes tem sua história contada a partir da construção do lago artificial e da edificação de seu complexo arquitetônico. Contudo, o povoamento desse espaço antecede às construções modernistas daqueles que idealizaram e projetaram um dos principais cartões postais de Belo Horizonte.
>
> Conta-se que no lado direito da atual Avenida Antônio Carlos estava localizado o Arraial de Santo Antônio da Pampulha Velha, povoado por escravos, em fins do século XVIII. Na última década do século XIX a região era formada por fazendas, situadas no entorno do Ribeirão Pampulha, responsáveis pelo abastecimento de produtos hortifrutigranjeiros para a cidade escolhida para se tornar a nova capital do estado de Minas Gerais.
>
> Nessas fazendas havia a criação de gado, produção de leite, plantio de milho, batatas, feijão, mandioca e hortaliças. As mais bem equipadas contavam com engenhos de cana-de-açúcar e com moinhos d'água, utilizados na produção de farinha. Dentre os ofícios aos quais a população se dedicava estavam a carpintaria, tecelagem, selaria e fiação. Atividades que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

favoreciam o contato com municípios próximos, como Contagem e Santa Luzia.

Foi por volta de 1904 que o casal português: Manoel dos Reis e de Ana Moraes dos Reis compraram as terras que deram origem à Fazenda da Pampulha. A religiosidade de Ana Moraes, conhecida como "sadona da Pampulha", teve forte influência no desenvolvimento de um perfil religioso para a região. Na década de 1930, Ana e seu esposo foram responsáveis pela construção da Capela de Santo Antônio de Pádua, onde eram celebradas as festas de São João e Santo Antônio. A fazenda da Pampulha serviu de sede para a realização de festas religiosas, assim como ponto de partida de procissões.

Figura 09 - Congresso Nacional do Brasil (Palácio Nereu Ramos) - Brasília, DF

Fonte: https://sk.pinterest.com/pin/639933428274275856/

No começo de Bello Horizonte, a Pampulha Velha teve um relevante papel no desenvolvimento da cidade. Paisagens predominantemente rurais consolidavam grandes áreas constituídas por inúmeras chácaras, fazendas e sítios, consolidando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ampla parte das produtos fornecidos a capital nova. Com o advento do tempo, o espaço que agrupava práticas de produção agrícola e a pecuária de leite foram gradativamente loteadas. Zuccaratto (2016, on line) averigua que:

> Dentro do terreno da Fazenda Pampulha, havia uma nascente e esta gerava um riacho que acabou batizado com o nome de Ribeirão Pampulha. Ao longo deste curso d'água foram sendo instaladas outras fazendas, todas voltados à criação de gado de corte e gado de leite, além de plantios como batata, feijão, hortaliças, mandioca e milho. Produziam também farinha, açúcar e aguardente — estas duas últimas provenientes de pequenos engenhos.
>
> Na virada do século XVIII para o século XIX, anos 1800, uma pequena parte das terras estava ocupada pelo Arraial de Santo Antônio da Pampulha Velha, povoado por escravos. Dentre os ofícios aos quais aquela população se dedicava, além de obrigações ligadas a agricultura e pecuária, destacavam-se carpintaria, fiação, selaria e tecelagem, atividades estas favorecendo o contato com povoações próximas, como Contagem e Santa Luzia.
>
> A realidade do Arraial de Santo Antônio da Pampulha Velha muda radicalmente a partir do final do século XIX. Primeiro, com a Abolição da Escravatura, em 23 de maio de 1888. Depois, com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889. E, finalmente, em 12 de dezembro de 1897, data da fundação da nova capital do Estado de Minas Gerais, transferida da Cidade de Ouro Preto para um núcleo urbano a ser construído ali ao lado.
>
> Era a Cidade de Belo Horizonte, e seu forte crescimento populacional transformou as propriedades agrícolas situadas no entorno do Ribeirão Pampulha, a Fazenda Pampulha incluída, em grandes fornecedoras de hortifrutigranjeiros para os moradores. Nem bem o século XX, anos 1900, havia começado, a Fazenda Pampulha muda de dono. Em 1904, um outro casal português, formado por Ana Moraes e Manoel do Reis, compra a propriedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma delas foi a Fazenda da Pampulha, que deu gênese a inúmeros bairros como o Santa Rosa. A modificação no tempo e espaço seguiu o compasso apressado das muitas alterações societárias que sobrevinham sobre todo o país. Com o progresso e o modernismo (Figura 10), as passagens estreitas de terra batida foram supridas por avenidas e ruas pavimentadas. A paisagem também mudou, restando pouco da vegetação original. Os casebres, antes afastados uns dos outros, foram dando lugar às habitações de alvenaria, que permaneciam cada vez mais anexas. O Museu Virtual da Pampulha (2020, on line) expõe que era muito mais pacato, tinha muitos lotes vagos e hoje não tem quase nenhum:

> Na década de 1930, Belo Horizonte passava por um período de desenvolvimento, com o estabelecimento da nova região metalúrgica, que tinha como base as indústrias de bens de consumo e siderúrgicas, alinhadas aos lucros da produção cafeeira. Nessa época a Pampulha recebeu os primeiros investimentos públicos, ocasionados pela construção de muros nas casas e pavimentação das primeiras ruas. Apesar dos investimentos a região ainda estava distante do desenvolvimento vivenciado na capital. As dificuldades de deslocamento permaneciam. O acesso a Pampulha ainda se dava por meio de Venda Nova. *"Para chegar lá, tinha que passar por uma estrada horrorosa. A gente vinha de 'jardineira', passava por Venda Nova. Depois saltávamos e íamos a pé."*[4] Mesmo representando uma área sem desenvolvimento expressivo, a Pampulha foi escolhida para abrigar o aguardado Aeroporto de Belo Horizonte, construído para uso militar. Inaugurado em1933, o aeroporto que posteriormente ficou conhecido como Aeroporto da Pampulha, ocupava uma área de 200 mil metros quadrados em uma área pantanosa e passou a receber voos comerciais na segunda metade da década de 1930.[5]
>
> Concomitante ao estabelecimento do aeroporto, a Pampulha novamente se tornou centro da atenção da administração pública, quando em 1936 o então prefeito Otacílio Negrão de Lima autorizou a construção de uma barragem8. Ao represar o

8 Em 1938 foi inaugurada a barragem da Pampulha, construída a partir do projeto do engenheiro Henrique de Novais e realizada pela construtora Ajax Rabello. Localizada na margem esquerda da Avenida da Pampulha,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ribeirão da Pampulha e outros córregos, tinha-se como objetivo evitar futuros problemas com abastecimento de água da cidade.

Figura 10 - Igreja São Francisco de Assis na Pampulha em Belo Horizonte, MG

Fonte: http://www.guiaconstruirereformar.com.br/obra_5-igreja_sao_francisco_de_assis_belo_horizonte%20.htm

que em 1946 passou a ser denominada Avenida Presidente Antônio Carlos, logo a barragem se mostrou insuficiente para abastecer a cidade, o que resultou na elaboração de novos planos para o empreendimento, por parte de Octacílio Negrão de Lima. "Com a preocupação, já manifestada, de aparelhar para esforços futuros o abastecimento geral iniciei em maio do corrente ano as obras de barragem do rio Pampulha, cujo projeto é de autoria do engenheiro Henrique de Novaes. A barragem, de terra, construída por maciço de 87.621m3, prover-se-à de todos os acessórios indicados para o aproveitamento da água acumulada. Em torno do grande lago, circundado por uma avenida em construção, é fácil prever a edificação de um novo e pitoresco bairro de recreio, destinado a atrair a afluência daqueles que, em dias de folga, queiram entregar-se a entretenimentos, repousando do diuturno labor da cidade. A vasta superfície líquida presta-se aos esportes de natação e remo, assim como o pouso de hidroaviões. Com a proximidade do Campo de Aviação da Pampulha constituirá pois, um 'aero-porto' para servir excelentemente a Belo Horizonte. Fonte: transcrito na íntegra do Museu Virtual da Pampulha (2020, on line)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em constate ampliação, o Santa Rosa tem como principais vias de acesso, o Anel Rodoviário e as Avenidas Antônio Carlos e Santa Rosa, por onde passam as várias linhas de ônibus. Os moradores se reúnem esporadicamente em festejos que comemoram os padroeiros nas praças da Capela de Santa Catarina e da Paróquia Santo Antônio. Com relação ao bem-estar e qualidade de vida, a população também dispõe de múltiplas opções para se exercitar como na Academia da Cidade, projeto implantado pela prefeitura, onde há equipamentos de ginástica. Moradores locais aguardam por um parque urbano, que receberá a população do Santa Rosa e das adjacências. Conquistado no OP (Orçamento Participativo), o lugar terá espaço de convivência para idosos, pista de atletismo, quadra poliesportiva, entre outros equipamentos urbanos. A preservação ecológica manifestada publicamente na luta por um parque agroecológico (Figura 11) no contexto do OP demostra que ainda com essas modificações, as Vilas Indaiá e São Francisco e o Bairro São Francisco conservarão um pouco da origem camponesa nos espaços remanescentes de vegetação. Em 31 de agosto de 2007, o decreto n°. 12.830, promulgado pela municipalidade declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis situados no bairro:

> O Prefeito de Belo Horizonte, no exercício de suas atribuições legais e de acordo com o que lhe faculta o Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, decreta:
>
> Art. 1º Ficam declarados de utilidade pública, para fins de desapropriação de seu pleno domínio, a se efetivar mediante acordo ou judicialmente, os imóveis abaixo indicados, situados na Vila Indaiá, CP-140-01-I, na Vila São Francisco, CP-133-012-K, e no Bairro São Francisco, CP - 133-056-A, assim como suas edificações e demais benfeitorias, se houver:
>
> I - Vila Indaiá:
>
> a) lotes 13, 14, 15 e 16 da quadra 11, de propriedade presumível de Valcir Peres de Aguiar;
>
> b) lotes 01, 02, 03, 04, 16, 17, 18, 19 e 20 da quadra 12, de propriedade presumível da Construtora Laguna Ltda.;

c) lotes 05 e 06 da quadra 12, de propriedade presumível de Humberto José Pentagna Guimarães;

d) lote 07 da quadra 12, de propriedade presumível de Sérvolo José Amancio;

e) lote 08 da quadra 12, de propriedade presumível de Gabriel Pentagna Guimarães;

f) lotes 09, 10, 11, 12, 13, 14 e 15 da quadra 12, de propriedade presumível de Lauro Mourão Guimarães;

g) lotes 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 e 32 da quadra 13, de propriedade presumível da Empresa de Transporte Novo Mundo S.A.;

II - área indivisa da quadra 13 da Vila São Francisco, medindo 2.490,80 m², proprietário não localizado, com a seguinte descrição: "Partindo do P01 com coordenadas E=608.963,213 e N=7.803.194,855, seguindo com azimute 45º36`35" e distância 48,87 m, confrontando com lote 11 da quadra 13, chegamos ao P02, com coordenadas E=608.998,137 e N=7.803.229,043. Deste, com azimute de 321º56`21" e distância 4,22 m confrontando com lote 11 da quadra 13, chegamos ao P03, com coordenadas E=608.995,533 e N=7.803.232,369. Deste, com azimute de 51º56`21" e distância 49,29 m, confrontando com lote 12 da quadra 13, chegamos ao P04 com coordenadas E=609.034,345 e N=7.803.262,759. Deste, com azimute de 142º23`41" e distância 28,51 m, confrontando com a Rua Alcobaça, chegamos ao P05 com coordenadas E=609.051,742 e N=7.803.240,173. Deste, com azimute de 231º21`39" e distância 96,84 m, confrontando com área indivisa, chegamos ao P06, com coordenadas E=608.976,103 e N=7.803.179,708. Deste, com azimute de 319º36`10" e distância 19,89 m, confrontando com a Rua Padre L. Minho, chegamos ao P01, onde teve início esta descrição, fechando o polígono com uma área de 2.490,80 m²";

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

III - área indivisa do Bairro São Francisco, medindo 9.243,53 m², proprietário não localizado, com a seguinte descrição: "Partindo do ponto 1, situado no limite das Ruas Alcobaça e Sem Nome, de coordenadas E=7.802.773,613 e N=609.637,140, confrontante neste trecho com a Rua Sem Nome, seguindo com distância de 72,15 m, e azimute de 106º44`48" chega-se ao ponto 2, de coordenadas E=7.802.752,825 e N=609.706,225, confrontante com a Quadra 012, seguindo com distância de 34,24 m, e azimute de 207º57`32" chega-se ao ponto 3, de coordenadas E=7.802.722,581 e N=609.690,172, confrontante com a Quadra 012, seguindo com distância de 29,97 m, e azimute de 118º17`46" chega-se ao ponto 4, de coordenadas E=7.802.708,374 e N=609.716,561, confrontante com a Quadra 012, seguindo com distância de 4,50 m, e azimute plano de 208º01`22" chega-se ao ponto 5, de coordenadas E=7.802.704,402 e N=609.714,447, confrontante com a Quadra 012, seguindo com distância de 4,50 m, e azimute plano de 208º23`58" chega-se ao ponto 6, de coordenadas E=7.802.700,444 e N=609.712,307, deste confrontando neste trecho com a Quadra 012, seguindo com distância de 67,00 m, e azimute de 134º02`08" chega-se ao ponto 7, de coordenadas E=7.802.653,871 e N=609.760,473, confrontante com a Quadra 012, seguindo com distância de 19,06 m, e azimute de 221º54`28" chega-se ao ponto 8, de coordenadas E=7.802.639,686 e N=609.747,742, confrontante com a Rua Senhor dos Passos, seguindo com distância de 8,31 m, e azimute de 288º14`36" chega-se ao ponto 9, de coordenadas E=7.802.642,286 e N=609.739,855, confrontante com a Rua Senhor dos Passos, seguindo com distância de 13,19 m, e azimute de 302º59`04" chega-se ao ponto 10, de coordenadas E=7.802.649,468 e N=609.728,789, confrontante com a Rua Senhor dos Passos, seguindo com distância de 47,53 m, e azimute de 312º21`04" chega-se ao ponto 11, de coordenadas E=7.802.681,487 e N=609.693,664, deste confrontante com a Rua Senhor dos Passos, seguindo com distância de 9,18 m, e azimute de 224º55`49" chega-se ao ponto 12, de coordenadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E=7.802.674,986 e N=609.687,179, confrontante neste trecho com a Rua Padre Leopoldo Mertens, seguindo com distância de 18,11 m, e azimute de 222º23`54" chega-se ao ponto 13, de coordenadas E=7.802.661,612 e N=609.674,968, confrontante neste trecho com a Quadra 013, seguindo com distância de 19,71 m, e azimute de 304º28`32" chega-se ao ponto 14, de coordenadas E=7.802.672,766 e N=609.658,724, confrontante com a Quadra 013, seguindo com distância de 40,84 m, e azimute de 305º20`34" chega-se ao ponto 15, de coordenadas E=7.802.696,390 e N=609.625,410, confrontante neste trecho com a Quadra 013, seguindo com distância de 0,82 m, e azimute de 357º34`03" chega-se ao ponto 16, de coordenadas E=7.802.697,213 e N=609.625,375, confrontante com a Quadra 013, seguindo com distância de 7,62 m, e azimute de 306º06`56" chega-se ao ponto 17, de coordenadas E=7.802.701,704 e N=609.619,221, confrontante com a Quadra 013, seguindo com distância de 1,11 m, e azimute de 225º01`00" chega-se ao ponto 18, de coordenadas E=7.802.700,923 e N=609.618,439, confrontante com a Quadra 013, seguindo com distância de 30,33 m, e azimute de 305º24`39" chega-se ao ponto 19, de coordenadas E=7.802.718,495 e N=609.593,723, confrontante neste trecho com a Rua Alcobaça, seguindo com distância de 11,47 m, e azimute de 41º31`21" chega-se ao ponto 20, de coordenadas E=7.802.727,080 e N=609.601,324, confrontante com a Rua Alcobaça, seguindo com distância de 23,90 m, e azimute de 43º51`06" chega-se ao ponto 21, de coordenadas E=7.802.744,318 e N=609.617,885, confrontante com a Rua Alcobaça, seguindo com distância de 35,06 m, e azimute de 33º18`57" chega-se ao ponto 1, ponto inicial da descrição deste perímetro, que originou uma área de 9.243,53 m².

IV - lote 01 da quadra 12 da Vila São Francisco, CP-133-012-K, de propriedade presumível de Livio Assis; (Redação acrescida pelo Decreto nº 13.098/2008)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

V - lotes 02A e 02C da quadra 12 do Bairro São Francisco, CP-133-056-A, de propriedade presumível de Sit - Sociedade de Instalações Técnicas S/A; (Redação acrescida pelo Decreto nº 13.098/2008)

VI - lote 02B da quadra 12 do Bairro São Francisco, CP-133-056-A, de propriedade presumível de Eli José do Amaral Costa. (Redação acrescida pelo Decreto nº 13.098/2008)

Art. 2º A desapropriação de que trata o art. 1º deste Decreto destina-se a permitir ao Executivo a implantação do Parque Ecológico do Brejinho, aprovado por meio do Orçamento Participativo Digital 2007/2008.

Art. 3º Fica a unidade jurídico-administrativa pertinente autorizada a alegar, em juízo, a urgência da desapropriação.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2007.

Fernando Damata Pimentel, Prefeito de Belo Horizonte

Figura 11 - Parque Agroecológico do Brejinho (Parque da Taboa)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://cbhvelhas.org.br/noticias/cbh-rio-das-velhas-inaugura-obras-de-revitalizacao-na-nascente-no-parque-do-brejinho/

Assim, o Parque Agroecológico do Brejinho (Figura 12), uma das mais de cem unidades de conservação da capital, é um parque linear urbano não implantado que foi criado oficialmente por meio do decreto municipal n°. 12.830, de 31 de agosto de 2007, e consecutivamente ampliado pela Municipalidade com o decreto nº 14.195, de 24/11/2010. O Parque da Taboa (Parque Agroecológico do Brejinho) situado na rua Alcobaça, 43, entre os Bairros Liberdade e Santa Rosa, possui uma área aproximada de 57.600 m², protegendo a área de nascentes do Córrego São Francisco, afluente do Ribeirão Pampulha. O atual Bairro Liberdade corresponde à antiga Vila Indaiá cuja ocupação urbana iniciou-se ainda na década de 1940, mas só foi intensificada na década de 1950, após a construção do Anel Rodoviário.

Figura 12 - Parque Agroecológico do Brejinho (Parque da Taboa)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://bhaz.com.br/2019/09/30/bh-agrofloresta-urbana-mg/#gref

O bairro teve referência urbana pretérita, o Hospital Inconfidência localizado na Rua Boaventura, onde hoje se encontra um hotel, depois da desativação permanente do complexo hospitalar. A aprovação de partes de loteamento pela Prefeitura de Belo Horizonte – PBH, datam do ano de 1978. O bairro Santa Rosa cuja antiga toponímia era Alto Indaiá surgiu com a fusão dos terrenos do bairros Alto Indaiá, Panorama, Parque Pampulha e Parque Vaz de Melo, entre os anos de 1974 e 1976. O bairro Alto Indaiá passou a integrar os loteamentos clandestinos posteriormente aprovados e regularizados pela Prefeitura. O decreto nº 14.195, de 24 de novembro de 2010, declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóvel situado no Bairro Liberdade (Figura 13):

> O Prefeito de Belo Horizonte, no exercício de suas atribuições legais, em especial as que lhe confere o inciso VII do art. 108 da Lei Orgânica do Município, e de acordo com o que lhe faculta o Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, decreta:
>
> Art. 1º Fica declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação de seu pleno domínio, a se efetivar mediante acordo ou judicialmente, a área indivisa, no Bairro Liberdade,

medindo 386,73 m², de proprietário não identificado, com os seguintes limites e confrontações: "Partindo-se do vértice P1 com coordenadas E=609.602,336 e N=7.802.726,611, seguindo com azimute 45º33`33" e distância de 19,99 m, faceando com a Rua Alcobaça, chega-se ao vértice P2 com coordenadas E=609.616,612 e N= 7.802.740,611. Deste com azimute 135º33`34" e distância 20,00 m, confrontando com o remanescente do terreno indiviso, chega-se ao vértice P3 com coordenadas E=609.630,615 e N=7.802.726,332. Deste com azimute 225º33`34" e distância18,68 m, confrontando com o remanescente do terreno indiviso, chega-se ao vértice P4 com coordenadas E=609.617,280 e N=7.802.713,254. Deste com azimute de 311º47`31" e distância de 20,04 m, confrontando com o remanescente do terreno indiviso, chega-se ao vértice P1, ponto de origem desde memorial. Perfazendo uma área total de 386,73 m²", assim como suas edificações e demais benfeitorias, se houver.

Art. 2º A desapropriação de que trata o art. 1º deste Decreto destina-se a permitir ao Executivo a implantação do Parque Ecológico do Brejinho, conforme Orçamento Participativo Digital 2007/2008.

Art. 3º Fica a unidade jurídico-administrativa pertinente autorizada a alegar em juízo a urgência da desapropriação.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2010

Marcio Araujo de Lacerda Prefeito de Belo Horizonte

Figura 13 - Parque Agroecológico do Brejinho (Parque da Taboa)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: http://biancaribeiroportfolio.blogspot.com/2012/08/parque-do-brejinho.html?view=magazine

Segundo esboçado pelo Coletivo local, a militância popular pela construção e revitalização do Parque Agroecológico do Brejinho (Parque da Taboa) ocorre desde o ano de 1997. Nota-se coletivamente que a comunidade se formaliza em intenções conservacionistas do espaço remanescente. Não obstante, como parque urbano mesmo com o recebimento via Orçamento Participativo de investimentos, os recursos não foram efetivados e a obras estruturais e equipamentos públicos estão

inacabadas e/ou incompletas, gerando frustação e indignação da comunidade. Ornelas (2019, p. 14-15) descreve que:

> Por fim, o coletivo Taboa (Transformação Agroecológica do Brejinho e Outras Áreas) demonstra o potencial da ocupação e revitalização de equipamentos públicos que são abandonados pelo poder público ou que apresentam uma gestão sem investimento ou sem participação popular. O coletivo constrói uma agrofloresta no Parque do Brejinho no Bairro São Francisco, região norte de Belo Horizonte, e é formado por integrantes da associação comunitária do bairro, moradores e estudantes universitários na perspectiva da auto gestão descentralizada e participativa, além das parcerias com o projeto Manuelzão, Comitê de Bacia do Rio das Velhas e com a equipe da SUSAN. Através de pesquisas e de mutirões orientados pelos princípios da agroecologia, são realizadas diversas ações para conservar a biodiversidade, proteger as nascentes e a micro bacia, manejar as áreas degradadas, propondo junto com a comunidade local a criação de um espaço produtivo, acolhedor e articulado com atividades culturais e artísticas - festas, rodas de coco e capoeira - para ressignificação tanto do espaço como do nome - "Parque Agroecológico do Brejinho". O coletivo também luta por maiores investimentos do poder público para revitalização de algumas áreas do parque, mas desde que as ações sejam construídas a partir da participação popular. As visitas nos mutirões e nos eventos realizados no Parque do Brejinho foram bastante inspiradoras, resultando no título deste trabalho que tem como base o depoimento de uma das lideranças que atua na defesa do espaço, antes mesmo de se tornar um parque. Segundo essa liderança, "não adianta ficarmos esperando os órgãos públicos (...) nós temos que invadir, no bom sentido né, plantar e cuidar e é o que estamos fazendo", ou seja, ocupar, plantar e cuidar dos espaços e equipamentos públicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Operação Consorciada Nova BH9, delibera sobre o Corredor Viário Pedro I/Antônio Carlos, indispensável a mobilidade urbana de estaçõesterminais de ônibus no vetor Norte da cidade, em especial, as Estações Municipais da Pampulha, de Venda Nova e da Vilarinho e Terminais Metropolitano de Justinópolis, do Morro Alto, de São Benedito e da Vilarinho. Com atenção voltada para o entorno do Parque Agroecológico do Brejinho considerado como 3º Setor (Figura 14), o Nova BH10 não efetivou seus projetos conceituais. A supressão das arvores nestas avenidas, para fixação definitiva das cabines de transferência, embarque e desembarque do BRT deveria ter sido compensada com a ampliação e implantação definitiva do parque. A operação urbana é um mecanismo legal previsto no Estatuto da Cidade que consente à Prefeitura direcionar o crescimento ordenado da urbe para extensões específicas. Belo Horizonte determinou na última revisão do Plano Diretor, as áreas passíveis da aplicação deste arranjo (corredores viários prioritários, corredores de transporte coletivo e entorno das estações de metrô e BRT Move). A cartilha registra que:

> **QUAIS SERÃO AS MELHORIAS?**
>
> **(...)**
>
> **Meio ambiente**
>
> Praças e parques: melhoria nos existentes e implantação de novos.

[9] **Objetivos socioambientais:** Promover a melhoria das condições habitacionais da população e estabelecer incentivos para a construção de habitação de interesse social; Recuperar o patrimônio histórico e cultural já existente e implantar novos equipamentos culturais e de lazer; Criar novas áreas verdes e expandir outras, com parques, praças e corredores verdes; Promover melhorias nas condições de mobilidade, com foco no pedestre, ciclovias e no transporte coletivo.

[10] Todos esses planos e projetos são acompanhados por belas e sofisticadas representações visuais indicando os resultados finais dessas intervenções do Poder Público, diretamente ou em parceria com o setor privado. São imagens preparadas pela equipe técnica da própria PBH ou por escritórios de arquitetos e urbanistas locais, nacionais e cada vez mais internacionais (da Inglaterra e da Cingapura, dentre outros) contratados pela PBH e pelo Governo do Estado, ou mesmo contratados diretamente pelo setor privado, promotores imobiliários e proprietários de terras. Usando das infinitas possibilidades da tecnologia contemporânea, tais representações visuais dos resultados dos planos e projetos uma vez completados são inegavelmente atraentes, sugerindo que Belo Horizonte estaria se transformando uma cidade afluente, ordeira, moderna. Prédios maravilhosos, torres altíssimas, construções sofisticadas, bosques a perder de conta, equipamentos públicos abundantes e áreas de lazer por todo lado: parece que Belo Horizonte estaria se transformando em uma cidade realmente internacional, com uma forte ênfase na preservação ambiental, e que poderia sem problemas ser comparada com outras cidades globais. Fonte: http://oucbh.indisciplinar.com/?page_id=17

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Áreas livres de uso público nos grandes empreendimentos da operação.
>
> Caminhos Verdes: arborização e conexões ambientais das vias nos novos centros de serviço e comércio.
>
> (...)
>
> O Nova BH prevê investimentos que trarão mais qualidade de vida para quem mora nas regiões beneficiadas e para toda a cidade.
>
> 9 novos parques11; 2 parques requalificados12; 26 novas praças; 36 praças requalificadas; 4 novos viadutos; 1 viaduto requalificado; 3 novas esplanadas; 15 novas passarelas; 6 passarelas requalificadas; 7 novos eixos de circulação para pedestres; 116 km de calçadas requalificadas; 4 km de vias requalificadas; 4 km de novas vias implantadas; 140 km de novas ciclovias implantadas; melhorias urbanísticas em 29 vilas e aglomerados (no padrão Vila Viva); 66 imóveis do patrimônio histórico requalificados; 6 UMEIs, 2 escolas e 6 centros de saúde;

As atividades previstas seriam a requalificação do Parque Agroecológico do Brejinho, a conexão ambiental das avenidas Antônio Abrahão Caram, Coronel Dias Bicalho, Prof. Magalhães Penido e Santa Rosa, a conexão ambiental rua Aimée Semple Mcpherson (Assis das Chagas), o prolongamento da rua Beira-Alta até o Anel Rodoviário, algumas melhorias nas infraestruturas das vilas Santa Rosa e Santo Antônio do Indaiá e no campus ecológico da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Algumas ações foram empreendidas, mas é preciso avançar dialogando com

[11] Parque Anfiteatro Paranaíba, Parque Bacia do Calafate, Parque do Córrego Lareira, Parque Linear Boulevard Leste, Parque Linear Boulevard Oeste, Parque Linear do Isidoro, Parque da Mata do Maciel (Planalto), Parque Metropolitano Oeste, Parque Nova Cachoeirinha. Fonte: http://oucbh.indisciplinar.com/wp-content/uploads/2015/09/plano-urban%C3%ADstico_site-1.pdf

[12] Parque Lagoa do Nado e Parque do Brejinho. Fonte: http://oucbh.indisciplinar.com/wp-content/uploads/2015/09/plano-urban%C3%ADstico_site-1.pdf

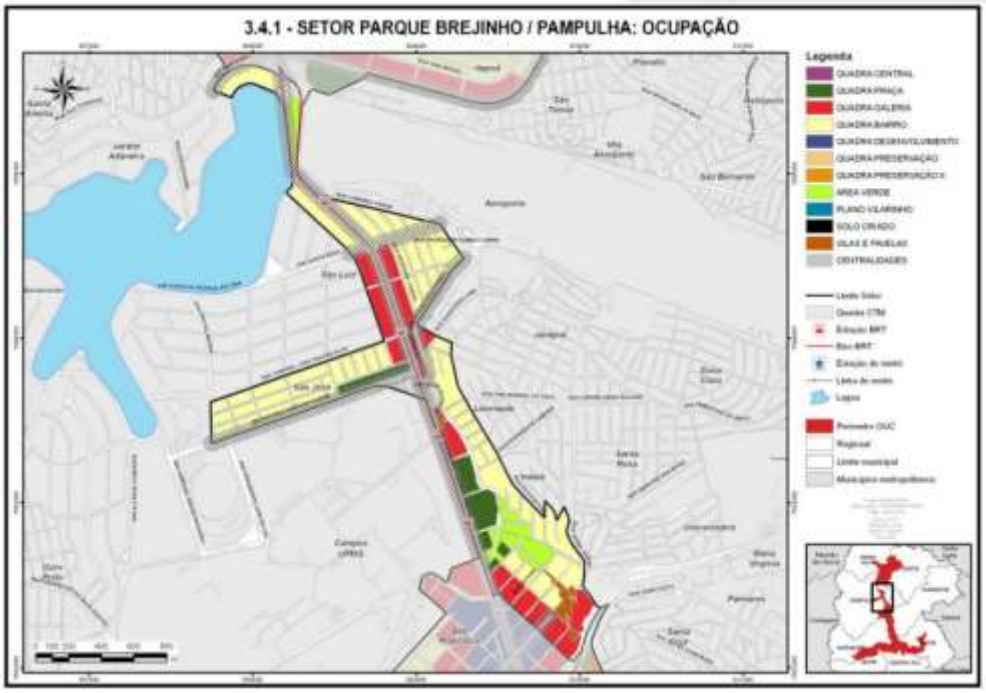
Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a comunidade local. O contexto da Lei Municipal nº 10.798, de 23 de janeiro de 2015 e propõe-se discussões sobre uma possível homenagem a Joaquim Moreira Cardozo efetivada através de um Projeto de Lei, via Representante Legislativo Municipal:

> Dá o nome de Joaquim Moreira Cardozo ao parque agroecológico situado entre os Bairros Liberdade e Santa Rosa, nesta capital.
>
> O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Fica denominado Joaquim Moreira Cardozo, o parque urbano situado na Rua Alcobaça, no Bairro Santa Rosa.
>
> Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2021, Prefeito de Belo Horizonte
>
> (Originária de Projeto de Lei de autoria de vereador)

Figura 14 - Parque Agroecológico do Brejinho (Parque da Taboa) no âmbito da OUC Nova BH

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: Cartilha do site http://oucbh.indisciplinar.com/wp-content/uploads/2015/09/plano-urban%C3%ADstico_site-1.pdf

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Também conhecida como Pampulha Velha, a área estudada remonta a época de fundação da nova capital mineira. Antes dos anos 1940, em junho, a pacata ruralidade era alterada apenas pela festa do padroeiro. Naquela ocasião, em Santo Antônio da Pampulha, o acesso a gêneros de primeira necessidade não era fácil e haviam apenas alguns armazéns. Há mais de quatro décadas (1980-2020), vários bairros transformaram significativamente o cenário rural. Atualmente há farmácias, pizzarias, restaurantes, supermercados e vários outros estabelecimentos comerciais. Também estão inseridos escolas, igrejas, opções de lazer e praças. Hoje outra construção dos agentes coletivos do bairro Santa Rosa foi a conquista de um parque, com duas nascentes, ainda não implantado e aberto à visitação. Pesquisas administrativas, contábeis e feitas na capital classificam a região em questão, como de alto padrão socioeconômico. Essa classificação é obtida a partir cálculos da renda média dos chefes de família dos bairros. De acordo com estudos realizados, os valores médios de aluguel e compra de imóveis na área, ponderando a classificação do bairro, demonstram possibilidades elevadas de supervalorização e especulação imobiliária, fatores que ameaçam suprimir, urbanizar a impermeabilizar as últimas áreas verdes existentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Novas pesquisas, direcionadas aos mecanismos mercadológicos de compra e venda imobiliária, precisam ser empreendidos com levantamentos socioambientais que apurem os riscos para o entorno do Parque Agroecológico do Brejinho. Sabe-se que a variação dos preços tende a redimensionar valores de áreas "vazias". Por áreas vazias entende-se aquelas que tenham vegetação nativa, exótica, preservada, degradada ou descaracterizada, e que servem para abrigo e alimentação da fauna, bem como infiltração da água de chuva. Esses espaços são vitais para a cidade por equacionarem uma séries de benefícios e serviços ecossistêmicos. Para o padrão construtivo da região, os apartamentos de três quartos, novas áreas ainda serão contabilizadas para futura comercialização imobiliária, sendo indispensável a instituição de novos perímetros de expansão territorial para o parque, oficialmente criado com espaço mínimo de 57.100 mil metros quadrados. Neste conjunção de interlocução com os agentes comunitários locais, destaca-se a anexação do dois bosques urbanos da Rua Boaventura: o primeiro na altura da Rua Brumado e o segundo na altura da Rua Batista Santiago. Implantar o Parque Joaquim Moreira Cardozo, é ir além dos aspectos históricos de militância popular dos protagonizas que conquistaram sua criação, é testemunhar esperança, abrindo assim um leque de benesses socioambientais para a urbe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria do Carmo. Joaquim Cardozo Biblioteca da Fundação Joaquim Nabuco. Disponível em <http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&view=article&id=388%3Ajoaquim-cardozo&catid=45%3Aletra-j&Itemid=1> Acesso em 11. Jul. 2020

ARCURI, Mariana Conde Moraes. **A presença da imagem nos contos de Joaquim Cardozo** (Tese de doutorado em Letras Vernáculas). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ/ Faculdade de Letras, 2014. 262f.; Disponível em <http://www.posvernaculas.letras.ufrj.br/images/Posvernaculas/4-doutorado/teses/2014/14-ArcuriMCM.pdf> Acesso em 11. Jul. 2020

BRANCO, Mariana. **Cultura - Niemeyer e Joaquim Cardozo: uma parceria mágica entre arquiteto e engenheiro.** Disponível em <https://www.ebc.com.br/2012/12/niemeyer-e-joaquim-cardozo-uma-parceria-magica-entre-arquiteto-e-engenheiro> Acesso em 11. Jul. 2020.Publicado em 06/12/12

BRASIL ARTES ENCICLOPLÉDIA. **NUNES, Luiz (Arquiteto e urbanista. Luiz Carlos Nunes de Souza,** 1909- 1937). Disponível em <http://brasilartesenciclopedias.com.br/nacional/nunes_luiz.htm> Acesso em 11. Jul. 2020

BRASIL, Presidência da República Federativa do, **LEI Nº 378, DE 13 DE JANEIRO DE 1937: Dá nova, organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública**. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0378.htm> Acesso em 11. Jul. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Decreto nº 14.195, de 24 de novembro de 2010. Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóvel situado no Bairro Liberdade, nesta capital.** Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2010/1420/14195/decreto-n-14195-2010-declara-de-utilidade-publica-para-fins-de-desapropriacao-imovel-situado-no-bairro-liberdade-nesta-capital?q=14195> Acesso em 11. Jul. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Decreto n°. 12.830, de 31 de agosto de 2007. Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis situados nas Vilas Indaiá e São Francisco e no Bairro São Francisco, nesta capital**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2007/1283/12830/decreto-n-12830-2007-declara-de-utilidade-publica-para-fins-de-desapropriacao-imoveis-situados-nas-vilas-indaia-e-sao-francisco-e-no-bairro-sao-francisco-nesta-capital?q=12830> Acesso em 11. Jul. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Lei Municipal nº 10.798, de 23 de janeiro de 2015. dá o nome de Altamira Costa Nogueira ao parque ecológico situado no bairro Santo Antônio**. Disponível em < https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2015/1080/10798/lei-ordinaria-n-10798-2015-da-o-nome-de-altamira-costa-nogueira-ao-parque-ecologico-situado-no-bairro-santo-antonio?q=10798> Acesso em 11. Jul. 2020

CARSALADE, Flavio de Lemos. **Pampulha como Ícone de BH**. Estado de Minas, Belo Horizonte, 01 mai. 2004. In: Caderno Pensar, p. 6. Republicado no site Descubra Minas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- SENAC. Disponível em <http://www.descubraminas.com.br/Upload/Biblioteca/0000120.pdf > Acesso em 11. Jul. 2020

ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL DE ARTE E CULTURA BRASILEIRAS. **Joaquim Cardozo.** São Paulo: Itaú Cultural, 2020. Disponível em <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa3908/joaquim-cardozo> Acesso em 11. Jul. 2020

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Plano Metropolitano de Parques Urbanos: Parque Pampulha Norte.** Belo Horizonte: PLAMBEL, 1975

HISTORY, A&E E LIFETIME. **MIL DIAS: A SAGA DA CONSTRUÇÃO DE BRASÍLIA**. Disponível em <https://br.historyplay.tv/microsites/mil-dias--a-saga-da-construcao-de-brasilia/biografias/joaquim-cardozo> Acesso em 11. Jul. 2020

MACEDO, Danilo M.; SILVA, Elcio. **Contribuições de Joaquim Cardozo à arquitetura de Oscar Niemeyer**. In: 11° SEMINÁRIO NACIONAL DO DOCOMOMO BRASIL. Recife: DOCOMOMO_BR, 2016. Disponível em <http://seminario2016.docomomo.org.br/artigos_apresentacao/sessao%2013/DOCO_PE_S13_MACEDO_SILVA.pdf> Acesso em 11. Jul. 2020

MACEDO, Danilo Matoso; SOBREIRA, Fabiano José Arcadio. **Temas e questões no pensamento de Joaquim Cardozo sobre Arquitetura e Engenharia**. In: 1° Encontro Nacional da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo – ANPARQ (2010). Simpósio Temático Brasília – Confronto entre a iluminação do passado e a reflexão sobre um presente em evolução constante. Disponível em <https://www.anparq.org.br/dvd-enanparq/simposios/158/158-670-1-SP.pdf> Acesso em 11. Jul. 2020

MUSEU VIRTUAL BRASÍLIA. **Joaquim Cardozo**. Disponível em <http://www.museuvirtualbrasilia.org.br/PT/personalidades.php?ator=joaquim> Acesso em 11. Jul. 2020

MUSEU VIRTUAL DA PAMPULHA. **O caminho entre a velha e a nova Pampulha.** Disponível em <http://www.museuvirtualbrasil.com.br/museu_pampulha/modules/news3/article.php?storyid=10> Acesso em 11. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NASCIMENTO, Elisa Fonseca. **ARTE E TÉCNICA NA OBRA DE JOAQUIM CARDOZO: notas para a construção de uma Biografia Intelectual.** (Dissertação de Mestrado em Urbanismo). Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – RJ2007. Publicado no site da FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Disponível em <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/brasilia/trabalhos/OCR_NASCIMENTO.pdf> Acesso em 11. Jul. 2020

ORNELAS, Gabriel Mattos. **OCUPAR, PLANTAR, CUIDAR: Agricultura Urbana Agroecológica da Região Metropolitana de Belo Horizonte**. In: 43º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais - ANPOCS (SPG21 "Pensar e fazer cidades": Expressões Estéticas e Políticas), 2019. Disponível em <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/43-encontro-anual-da-anpocs/spg-6/spg21-6/11969-ocupar-plantar-cuidar-agricultura-urbana-agroecologica-da-regiao-metropolitana-de-belo-horizonte/file> Acesso em 11. Jul. 2020

PORTAL BELO HORIZONTE. **Exposição Pampulha: Território da Modernidade.** Disponível em <http://portalbelohorizonte.com.br/eventos/exposicao/patrimonio-cultural/exposicao-pampulha-territorio-da-modernidade> Acesso em 11. Jul. 2020

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Operação Consorciada Urbana Nova BH.** PBH. Cartilha Nova BH. Disponível em <http://oucbh.indisciplinar.com/?page_id=17> Acesso em 11. Jul. 2020

REZENDE, Maria Beatriz; et. al.; **Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) 1937-1946**. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Servi%C3%A7o%20do%20Patrim%C3%B4nio%20Hist%C3%B3rico%20e%20Art%C3%ADstico%20Nacional.pdf>Acesso em 11. Jul. 2020

SILVA, Élcio Gomes da. **Os palácios originais de Brasília**. Tese (doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2012. Disponível em <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11159/3/2012_ElcioGomesdaSilva.pdf > Acesso em 11. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SITE AJUDA BH. **Bairros: relação por regionais.** Disponível em <http://ajudabeaga.objectis.net/informacao-utilitaria-1/bairros-relacao-por-regionais> Acesso em 11. Jul. 2020

SITE BAIRROS DE BELO HORIZONTE. **Bairros da regional Pampulha.** Disponível em <https://bairrosdebelohorizonte.webnode.com.br/bairros%20da%20regi%C3%A3o%20da%20pampulha-/> Acesso em 11. Jul. 2020

ZUCCARATTO, João. **Ocupação da região da Pampulha remonta aos primórdios do século XVII, anos 1600**. Publicado em 20. Set. 2016 no |Site Turismoria. Disponível em <https://www.turismoria.com.br/turismo-e-cia/ocupacao-da-regiao-da-pampulha-remonta-aos-primordios-do-seculo-xvii-anos-1600/> Acesso em 11. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DELITO DE TORTURA NA ORDEM INTERNACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTEXTO JURÍDICO E SOCIOPOLÍTICO BRASILEIRO

SUELLEN ELISSA ZAPAROLI PEDROSO[13]
LARISSA PIZZOTTI FAIÇAL[14]
(autoras)

"Degrada-se a linguagem política para que as mentiras soem, a verdade e o assassinato sejam respeitáveis e para dar uma aparência de solidez ao que é puro vento." (George Orwell)

Resumo: Após a 2ª Guerra Mundial e suas incontáveis perdas, os países do Globo, num esforço universal, se uniram para tentar erradicar práticas que não respeitassem os direitos humanos e propagassem atos incivilizados como a tortura. Desta feita, foram realizadas diversas Convenções e Tratados dos quais o Brasil também fora signatário sobre o tema. No entanto, a positivação brasileira destes atos- torturas- como crime veio de forma tardia e sua aplicação pela justiça não se dá de modo muito eficiente. Assim, o objetivo do presente artigo é analisar o crime de tortura nestas Convenções, Tratados e julgados internacionais, bem como na própria legislação brasileira.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Tortura; Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes.

Sumário: 1. Introdução- 2. Proteção Internacional Contra a Tortura- 3 Tortura na Ordem Jurídica Brasileira- 3.1 Comparativos E Litigância Estratégica- 3.2 Caso Cosme Rosa Genoveva E Outros Vs Brasil - Caso Favela Nova Brasília -4. Origem Da Tortura

---

[13] Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior da Advocacia OAB/SP, parceria com o IBCCRIM (2008), com habilitação para o Magistério Superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2006.). Advogada na cidade de São Paulo.

[14] Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae, parceria com o IBCCRIM (2018). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Advogada na cidade de São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E Sua Relação Com O Poder E O Punitivismo Brasileiro-4.1 A Tortura como Tipo Aberto- 4.2 A Intensidade do Sofrimento- 4.3 Um Direito Penal da Vítima- 4.4 O Sadismo como Elemento Jurisprudencial Inesperado- 4.5 A Recomendação às Avessas

INTRODUÇÃO

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, diante da experiência de genocídio e experimentações biológicas realizadas em seres humanos, emerge um movimento de aversão e repúdio à tortura que culminou na aprovação de tratados15: a Convenção contra a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes (1984) e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura, ambas foram ratificadas pelo Brasil.

As Convenções Internacionais trazem mandados de criminalização e a consagração do direito a não ser torturado como absoluto, sem quaisquer exceções. No plano interno brasileiro apesar de consolidar a proibição por meio de lei, o país assiste a uma realidade de violência sistemática perpetrada por meio da tortura.

Atualmente, no momento sociopolítico brasileiro, assiste-se à legitimação do discurso "bandido bom é bandido morto". Dentro desse contexto, cria-se ambiente propício para que tortura seja executada no combate à criminalidade e ao inimigo criminoso. O transbordamento de um poder punitivo ocorre através da tortura, e os representantes do Estado, parecem ganhar sustentação teórica no discurso do medo para legitimar episódios de tortura.

> Com o fim da diferença entre o poder punitivo e a coerção administrativa direta, toda violência para desbaratar o inimigo torna-se legítima através da pretensa necessidade de legítima defesa. Esse é o discurso legitimante da tortura próprio da ideologia da segurança nacional no sul da América trinta anos atrás e no norte hoje: anulada a diferença entre poder punitivo e coerção direta , torcer o braço de um sujeito ou aplicar-lhe uma bofetada para tirar dela a chave com a qual será desarmada a bomba amarrada no berço de um bebê é a mesma coisa que organizar e planejar a submissão da tortura

15 PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017,pg. 814.

de um membro de um bando ou de um grupo político violento para desbaratá-lo.16

Dentro da legislação brasileira de combate à tortura encontra-se um tipo aberto que cria um espaço de interpretação para o juiz em grande escala, o que na prática permite ir além da subsunção do fato ao tipo. O que se assiste é um julgamento sobre as características do autor, e da vítima e até mesmo a história e personalidade das testemunhas. Assim, o "livre convencimento" do magistrado se torna instrumento ilegítimo de aplicação do poder punitivo.

Entender o fundamento da tortura que emerge da confusão entre violência e poder, é essencial para combatê-la dentro dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito. Somente o fortalecimento de uma democracia solidária e inclusiva através do reforço e concretização dos laços comunitários com fundamento na existência humana como um fim em si mesmo, será capaz de criar diques de contenção para deter qualquer transbordamento de violência além dos limites legítimos de poder.

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL CONTRA A TORTURA

A Convenção contra a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984. O Brasil a aderiu e internalizou por meio do decreto no 40/1991. Em seu artigo 1.1 há o conceito de tortura determinando que esta constitui qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa, a fim de obter dela ou de terceiros, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas , ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício das funções públicas , ou por sua situação , ou com seu consentimento ou aquiescência.

Destaca-se também que nesta Convenção o sujeito ativo do crime de tortura somente pode ser funcionário público ou aquele que, temporariamente, exerce funções públicas- configurando-se crime próprio de acordo com classificação da doutrina brasileira. Diversamente, a lei brasileira admite também o particular como sujeito ativo do crime de tortura, sem haver qualquer inconstitucionalidade. Não há inconvencionalidade, pois o artigo 1.2 prevê que não haverá interpretação

16Zaffaroni, Eugenio Raul. A palavra dos mortos, Conferências de Criminologia Cautelar São Paulo: Saraiva, 2014, p.409.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

restritiva por meio da Convenção quando houver outro instrumento ou legislação que contenha dispositivos de alcance mais amplo. Tal previsão visa proteger o princípio de que os direitos humanos não podem sofrer retrocesso, mas sim serem sempre construídos e ampliados.

> na mesma linha do critério *pro homine*, há o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo.17

O artigo 2.2 desta Convenção prevê que o direito de não ser torturado é absoluto, não admitindo nenhuma exceção: em nenhum caso poder-se-á invocar circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa para tortura.

Bobbio nos ensina que os direitos em sua maioria não são absolutos, nem constituem categoria homogênea, essa situação rara ocorre quando existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros da mesma categoria:

> O direito a não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica na eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada. 18

Nesse contexto, cabe esclarecer que a teoria da bomba relógio (*ticking bomb scenario theory*) é inaplicável no direito brasileiro. Vertente do Direito Penal Máximo, ela defende a possibilidade de se torturar uma pessoa em face de um chamado "estado de necessidade coletivo" dando ensejo à exclusão de ilicitude (medida tomada para se evitar atentados). Esta teoria encontra aceitação nos EUA, no qual o governo é conhecido por implementar medidas contraterroristas. Contudo, como já explicitado, as duas convenções assinadas pelo Brasil proíbem a tortura de forma absoluta.

17 RAMOS , Andre de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo. Saraiva, 2014, pg 106.
18 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Elsevier, pg. 41.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Greco ao tratar desse cenário explica que para justificar a tortura usa-se a "regra da decadência". Esta se traduz na ideia de quem se comporta mal perde, por seu mau comportamento, a pretensão de não ser torturado e de que sua dignidade seja respeitada. Portanto, o ser humano não teria dignidade *per se*, pelo simples fato de ser humano. A dignidade aqui seria disponível dependendo de decisões tomadas anteriormente. O segundo aspecto seria a "regra dos custos", segundo a qual a dignidade seria algo que apenas tem de se respeitar na medida em que os custos desse desrespeito não ultrapassem um determinado limite.

Para Greco, a questão seria não se obedecemos a regras, mas sim a que regras nos submetemos. Contrariamente a essas regras citadas acima, nossa tradição jurídica preceitua que a dignidade do homem não está à disposição da utilidade do Estado nem dos outros cidadãos. No caso do Estado Democrático de Direito como o nosso, haveria limites absolutos no trato com seres humanos. Para o autor o Estado de Direito tem de existir, inclusive em face ao pior e cita Roxin: "a sua superioridade moral em relação ao delinquente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele."19

A gravidade da tortura precisa ser contextualizada com a questão da legitimação do poder estatal e o uso do monopólio da violência. Duek cita Arendt para tratar da diferença entre poder e violência. O poder de uma pessoa estaria vinculado a uma autorização prévia de membros do grupo para em nome deles agir, já a violência, diferentemente, como meio precisaria ser justificada pelos fins por ela almejados e sempre pode derrubar o poder:

> A violência sempre pode destruir o poder; do cano de um fuzil nasce a ordem mais eficiente, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca pode nascer daí é o poder."20

Por isso, a violência e coerção estatal devem ser limitadas pela dignidade humana e alicerçadas nos princípios do Estado Democrático de Direito. Não há legitimação de poder onde se quebra os diques de contenção da Democracia.

Nessa Convenção também há mandado de criminalização para que cada Estado parte assegure que todos os atos de tortura sejam previstos como crimes segundo a legislação penal. No mesmo sentido, tentativa, cumplicidade ou

---

19 Greco, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados "Casos de Bomba Relógio".

20 ARENDT, Hannah apud MARQUES, Oswaldo H. Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

participação em atos de tortura. Ademais, a punição deve ser adequada de acordo com a gravidade da conduta, e aqui o Direito Internacional de Direitos Humanos se socorre do Direito Penal.

Quanto à aplicação da Convenção, é importante entender que seu órgão de monitoramento é o Comitê contra Tortura e seus mecanismos de proteção são: relatórios periódicos, e todos os seguintes dependentes de aceitação do estado: procedimento de inquérito, petições interestatais, petições individuais.

Em 2006, o Brasil aceitou a competência do Comitê para receber e analisar petições individuais, não tendo havido, porém, o decreto de promulgação. Em 2002, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura que estabeleceu sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de liberdade com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes.

O Brasil aderiu a esse Protocolo e o internalizou mediante o Decreto 6.085/2007. Esse mesmo Protocolo criou o Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penais cruéis, desumanos ou degradantes, com a finalidade de visitar os lugares de privação da liberdade e auxiliar os Estados na criação de mecanismos preventivos nacionais. Essa normativa também obriga à criação de mecanismos preventivos para prevenção de tortura em nível doméstico. O Brasil cumpriu tal obrigação através da Lei 12.947/2013, a qual instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (regulamentado pelo Decreto 8154/2013).

Contrariando seus compromissos internacionais, em 10 de Junho de 2019, o Brasil por meio do Decreto 9.831, destituiu de seus cargos os integrantes do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, órgão responsável por investigar e monitorar as condições de detenção em centros de privação da liberdade, o que na prática esvazia seu funcionamento. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos manifestou sua preocupação, tendo em vista as condições encontradas na visita *in loco* realizada no Brasil, e considerando que essa destituição contraria as obrigações assumidas pelo Brasil.21 Em agosto de 2019, a Justiça Federal do Rio de Janeiro, em caráter liminar, em ação movida pela Defensoria Pública da União, determinou a suspensão da parte do Decreto que determinava a exoneração.

21 Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/149.asp> Acesso em 01.07.2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, a justificativa foi vinculação da administração ao instrumento convocatório no ato de nomeação desses integrantes.22

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 9 de dezembro de 1985, sendo que Brasil a ratificou em 20 de julho de 1989. A sua definição de tortura está em consonância com a definição da Convenção da ONU, compreendendo três elementos:

> a) a inflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, dentre outras); e c) a vinculação do agente ou responsável direta ou indiretamente, com o Estado. 23

Ambas convenções configuram como prática de tortura quando ela for realizada para fins de investigação penal, castigo pessoal ou intimidação. Contudo, apenas a Interamericana prevê tortura por ato omissivo. Também somente ela criou a figura equiparada- que consiste em condutas que, ainda que não aflijam dor ou sofrimento, acabam diminuindo a capacidade física ou mental da vítima. Da mesma forma, também é única ao admitir que determinada medida preventiva ou pena possa resultar em configuração de tortura.24 Por outro lado, apenas a Convenção da ONU exige: a presença de agente público ou sua aquiescência para caracterização de tortura, e que o sofrimento ocorra de forma aguda.

Por fim, é necessário ressaltar que, em seu artigo 5º, esta convenção também reprova a derrogação da proibição da tortura em qualquer circunstância, ou seja, também prevê expressamente seu caráter absoluto.

3 TORTURA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 COMPARATIVOS E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA.

A Constituição de 1988 foi a primeira a prever a tortura como crime, inclusive na qualidade de inafiançável e insuscetível de graça e anistia, respondendo

22 Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/quentes/308545/peritos-exonerados-do-mecanismo-de-combate-a-tortura-devem-ser-reintegrados> Acesso em 01.07.2020

23 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 211.

24 PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017,pg. 815.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

por ele os mandantes, executores e os que, podendo evitar, se omitirem. O tratamento diferenciado para a tortura também é previsto expressamente na lei de crimes hediondos. Por fim, apenas em 1997 foi aprovada a lei 9.455 que tipificou o crime de tortura.

Comparando a Legislação Brasileira com a Convenção Interamericana, é preciso destacar dois aspectos: primeiramente que a brasileira restringe o fator discriminação a racial e religiosa, enquanto a Convenção considera de qualquer natureza. Essa restrição parece questionável, pois qualquer tipo de discriminação é relevante, ainda mais considerando que na prática se assiste ao aumento do número de caso envolvendo os mais diversos tipos de discriminação no Brasil, em tempos de ascensão de conservadorismo político e ideológico, como por exemplo, em relação à população LGBT.

Em pesquisa inédita encomendada pelo governo federal e publicada no dia 05 de fevereiro sobre a realidade da população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) no sistema carcerário, restou demonstrado que esta sofre constantes violências (emocionais, físicas e sexuais), bem como práticas de tortura específicas da sua condição de gênero dentro das prisões masculinas.

O coordenador do estudo visitou pelo menos uma unidade prisional em cada um dos Estados e do Distrito Federal, entrevistando ao todo cento e trinta e uma pessoas encarceradas. Foi descrito que existem padrões de violação e práticas de tortura que atingem especificamente a população de travestis e mulheres trans no cárcere (é comum nos presídios masculinos, que travestis e mulheres trans sejam tratadas como homens, sendo forçadas a cortar o cabelo, usar roupas masculinas, não terem seu nome social respeitado, e terem de abandonar a terapia hormonal). Há relatos de violência sexual e de uso dessas detentas como escudo e de agressões físicas por policiais em situações de rebelião, pelo fato de serem trans.25

Segundo aspecto seria quanto à autoria do delito de tortura, a lei brasileira não requer que a vinculação do agente ou responsável pela tortura com o Estado, seja direta ou indiretamente. Na verdade, prevê como causa de aumento de pena o crime ser cometido por agente público. Novamente, não há inconvencionalidade, pois a Convenção da ONU prevê que não haverá interpretação restritiva por meio dela quando houver outro instrumento ou legislação que contenha dispositivos de alcance mais amplo. É o critério *pro homine*, já tratado anteriormente. Com base nele,

25 Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml> Acesso em 01.07.2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

deve-se buscar a aplicação mais protetiva aos direitos humanos, os quais não podem sofrer retrocesso, mas sim serem sempre construídos e ampliados.

Seguindo mais uma lição de Bobbio em "A era dos direitos" de que o problema no sentido mais amplo não seria mais saber quais e quantos seriam os direitos humanos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, na sequência abordar-se-á quais os caminhos disponíveis por meio das normativas já existentes dentro do sistema nacional e Interamericano para prevenção e combate à tortura.26

No contexto interno, Hugo Fernandes Matias ressalta que os legitimados para tutela coletiva devem usar a litigância estratégica, considerando a possibilidade de celebração de compromissos de ajustamento de conduta em face dos responsáveis por atos de tortura (art. 5º, parágrafo 6º da lei 7347/85).

Outro viés de atuação indicado pelo autor seria o uso das ações coletivas para fins de responsabilização do poder público em caso de tortura de pessoas sob custódia do Estado (presos, reeducandos, crianças em acolhimento institucional, adolescentes inseridos no sistema sócio educativo)27. Nesse viés, é possível a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva prevista pelo art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, podendo ser pleiteada inclusive a condenação em danos morais coletivos, indenização genérica por direitos individuais homogêneos, ou o pleito de afastamento dos responsáveis pelas agressões. Exemplo disso foi ação civil pública ajuizada pela Defensoria Estadual de São Paulo que obteve decisão favorável ao afastamento provisório de diretor Fundação Casa após relatos de agressões.28

Dentro do Sistema Interamericano há alguns caminhos possíveis para se garantir a proteção contra tortura. Segundo o autor os interessados, como a sociedade civil e Defensoria, podem solicitar audiência pública junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 66 do seu Regulamento) com antecedência mínima de 50 dias do início do respectivo período de sessões. Em 2017, defensorias estaduais e sociedade civil conseguiram utilizar esse recurso para debater direitos humanos no sistema socioeducativo, o que incluía a questão da tortura.29

---

26 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, pg.25.

27Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/tribuna-defensoria-prevencao-combate-tortura-atuacao-defensoria-parte> Acesso em 01.07.2020

28 Ibidem

29 Ibidem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Poderá também ser protocolada petição na CIDH com ou sem pedido de urgência de acordo com os artigos 44, 46 e 47 da Convenção Americana de Direitos Humanos, além da possibilidade de ingresso com medidas cautelares com fundamento no artigo 25.2 do regulamento da CIDH.

Por fim, vale apontar a educação em Direitos e a capacitação técnica, tanto da sociedade, quanto dos servidores públicos específicos desta área de atuação como forma de prevenção da tortura. Ela está diretamente ligada à ideia de monitoramento. Não é eficaz a criação de normativas que tipifiquem e punam condutas de tortura e maus tratos, se os agentes estatais envolvidos nessa responsabilização não estão imbuídos nos valores democráticos do Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade humana que coloca o homem sem distinção como um fim em si mesmo. Somente esses atores do sistema de justiça podem desvelar o autoritarismo e a violência da tortura que são tipicamente camuflados pela estrutura de poder.

Os direitos humanos existem tanto para limitar o poder do Estado quanto para fomentar sua ação de acordo com os princípios da Justiça. Portanto, fica evidente a necessidade pulsante de que na formação profissional e cidadã dos profissionais envolvidos no sistema que controla e pune a tortura, sejam incluídos conceitos e treinamento específico para desnudar, registrar, processar e responsabilizar o ato de tortura. A efetividade desse direito não será possível enquanto perpetuar a cômoda omissão dos agentes a quem incumbe a aplicação da Justiça.

3.2 CASO COSME ROSA GENOVEVA E OUTROS VS BRASIL - CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

Este foi o primeiro caso brasileiro envolvendo impunidade em relação à violência policial na Jurisdição Contenciosa da CIDH. Vale ressaltar que o Brasil já foi responsabilizado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pelas práticas violentas de policiais no caso Wallace Almeida em 2009.

O caso envolve a responsabilidade do Estado por execuções extrajudiciais praticadas por agentes da Polícia Civil do Rio de Janeiro, entre 1994 e 1995, por ocasião das operações da Favela Nova Brasília, situada no Complexo do Alemão no Rio de Janeiro. Foram 26 mortos, dentre eles adolescentes, vítimas de práticas sexuais e torturas antes de suas mortes, as quais foram registradas como resistência à prisão.

Houve recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para investigação exaustiva por autoridades imparciais para que houvesse responsabilização dos acusados e a extinção imediata da prática de registrar mortes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cometidas por agentes estatais como "resistência à prisão", pois isso maquia a realidade, criando uma aparência irreal de legalidade, ponto determinante para a formação da cifra amarela, que corresponde aos crimes cometidos com arbitrariedades policiais e que sequer chegam ao órgão de fiscalização.

> Defende-se aqui que há a hipótese de uma cifra amarela, um número considerável de violências policiais contra a sociedade que, por temor de retaliações ou de uma prática vingativa por parte da corporação, não realizam denúncias. A cifra amarela seria a somatória entre as denúncias feitas na corregedoria da Polícia Militar e/ou Ministério Público e o número de ações violentas cometidas pela polícia contra a sociedade e não explicitadas inscrevendo pessoas infames (FOUCAULT, 1990) no cruzamento com o poder como violentados (PASSETI, 1995).30

Esse tipo de registro também mascara os dados enviados aos órgãos internacionais de Direitos Humanos, pois alteram o número de homicídios registrados. Essa realidade foi destacada por relator especial sobre execuções sumárias, arbitrárias e ilegais da ONU Philip Alston em sua visita ao Brasil em 2007.31

Também houve recomendação para que o país treinasse as forças policiais para que estas saibam lidar com os setores mais vulneráveis, a fim de que se supere o estigma de que pessoas de baixa renda são criminosas.32 Por fim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Brasil não cumpriu suas recomendações e submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em maio de 2015.

Em 16 de fevereiro de 2017, a Corte considerou que não houve independência ou imparcialidade na investigação, assim como mínimos padrões de diligência. Também houve reconhecimento sobre a demora desarrazoada pelo longo

---

30 Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43661/cifras-criminais-da-criminologia> Acesso em 01.07.2020

31Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-especial-da-onu-considera-que-as-mortes-causadas-pela-policia-brasileira-continuam-tendo-taxas-alarmantes-o-governo-tem-falhado-em-tomar-todas-as-medidas-necessarias/> Acesso em 01.07.2020

32 PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017, p.657.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prazo sem resposta adequada após quinze anos. Foi ordenado ao Brasil conduzir eficazmente a investigação em curso sobre as mortes, iniciando ou reativando a investigação deficitária, assim como a respeito dos fatos de violência sexual, e avaliar se os fatos devem ser objeto de pedido de deslocamento de competência. Foi determinado que o Brasil oferecesse por meio de instituições especializadas atendimento psicológico e psiquiátrico para as vítimas e realizar ato público para reconhecimento de responsabilidade.

Também consta da sentença a publicação anual de relatório sobre as mortes ocasionadas no país e o estabelecimento de diminuição da letalidade. Destaque também para a obrigação de adotar medidas legislativas ou de outra natureza para que as vítimas e seus parentes participem de maneira efetiva nas investigações conduzidas pelo Ministério Público ou Polícia. O Brasil deverá adotar medidas necessárias para uniformizar a expressão "lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial" nos relatórios e investigações em casos de mortes em ações policiais e o conceito de "oposição" e "resistência" deverá ser abolido.33 Em julho de 2018, depois de um ano do prazo dado pela Corte, o Ministério Público do Rio de Janeiro anunciou a reabertura das investigações das duas chacinas em processo que tramita no 1º Tribunal do Júri.34

Vale destacar que, na esteira dessa luta contra a tortura, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, juntamente com o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, editou a Resolução 8/2012, a qual dispõe sobre "a abolição de designações genéricas", como "autos de resistência", "resistência seguida de morte", em registros policiais, Boletins de Ocorrência, Inquéritos Policiais e notícias crime. Também destaca a inexistência de excludente de ilicitude denominada "resistência seguida de morte", documentada frequentemente como "auto de resistência à prisão".

Nesse ponto, é necessário destacar a proposta em 2019 dentro do Pacote Anticrime feita pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro**,** de alteração do artigo 23 do Código Penal acrescentando parágrafo 2º que previa para a punição de excessos cometidos por policiais em ação que: "o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou

33 Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf> Acesso em 01.07.2020

34 Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/04/30/chacinas-de-nova-brasilia-esquecimento-interrompido/> Acesso em 01.07.2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção".

Na prática seria a criação de uma excludente específica para excessos cometidos por agentes públicos. A proposta foi criticada como "licença para matar" para uma polícia já com alto índice de letalidade e acabou sendo rejeitada em setembro de 2019. Essa proposta legislativa contraria diretamente as diretrizes indicadas na condenação do Brasil no caso Favela Nova Brasília. A determinação da Comissão Interamericana de que o país treinasse as forças policiais para que estas saibam lidar com os setores marginalizados, e a da Corte de que o Brasil diminua a letalidade policial estão na contramão dessa proposta legislativa.

Por fim, importante destacar que por meio do Mecanismo de Revisão Periódica Universal da ONU em julho de 2012, o Brasil recebeu uma série de recomendações, mas não aceitou uma delas, especificamente elaborada pela Dinamarca: a unificação das Polícias Civil e Militar.35 Discute-se a desmilitarização da Polícia Militar, que atualmente é vinculada ao Exército como força reserva. A ideia seria desmantelar a estrutura militar quanto à subordinação da Polícia Militar ao Exército e sua estrutura interna. Seus defensores colocam que dessa forma membros da polícia estarão mais preparados e treinados para lidar com a violência brasileira, conferindo maior grau de humanidade aos membros.

Na esteira dessa tendência de busca pela diminuição da letalidade policial, após incidentes ocorridos nas manifestações de 2014 , foi editada Lei 13.060 de 2014 que estabelece que os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que seu uso não coloque em risco a integridade física e psíquica dos policiais e sempre à luz dos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade e razoabilidade. É um instrumento que protege tanto a dignidade do policial quanto do manifestante, mas que na prática parece não ser efetivado, pois a distância entre o dever ser normativo e as práticas policiais precisam ser intermediadas pelo treinamento e educação em direitos dos agentes públicos envolvidos.

4 ORIGEM DA TORTURA E SUA RELAÇÃO COM O PODER E O PUNITIVISMO BRASILEIRO

35 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/a-onu-nao-recomenda-o-fim-da-policia-militar-no-brasil/amp/> Acesso em 01.07.2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A tortura remete à história da função da pena. Foucault ensinou que a prática da tortura remonta à Inquisição, e também ainda mais longe aos suplícios dos escravos:

> É verdade que a prática da tortura remonta à Inquisição, é claro, e mais longe ainda do que os suplícios dos escravos. Mas ela não figura no direito clássico como sua característica ou mancha. Ela tem seu lugar estrito num mecanismo penal complexo em que o processo de tipo inquisitorial tem um lastro de elementos no sistema acusatório; em que a demonstração escrita de um correlato oral; em que as técnicas da prova administrada pelos magistrados se misturam com os procedimentos de provas que eram desafios aos acusado; em que lhe é pedido – se necessário pela coação mais violenta – que desempenhe no processo o papel voluntário; em que se trata em suma de produzir a verdade por um mecanismo de dois elementos – o do inquérito conduzido em segredo pela autoridade judiciária e o do ato realizado ritualmente pelo acusado. O corpo do acusado, corpo que fala e, se necessário, sofre, serve de engrenagem aos dois mecanismos; é por isso que, enquanto sistema punitivo clássico não for totalmente reconsiderado, haverá muito poucas críticas radicais da tortura.36

A tortura de acusados já passou pelo fim de expiação da culpa, bem como pela função de meio de prova para obtenção da verdade. Mas, na atualidade, e com a humanização da pena e a formação de Estados Democráticos de Direito, o suplício mostra-se inaceitável:

> Um dos principais pressupostos da função do Estado de Direito encontra-se na ideia de Estado racional, cujas decisões racionais objetivam garantir certos valores. Dentre eles, destaca-se a garantia de um dos principais conceitos da filosofia política e quiçá da realidade humana: o conceito de pessoa. (...)
>
> O conceito de pessoa humana talvez tenha sido o mais revolucionário da história do homem da Terra, traduzindo-se

36 FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir: História da violência nas prisões. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 36.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> como imensa contribuição da cristandade para nossa sociabilidade.37

Os movimentos humanitários pós guerra trouxeram para o Direito Penal uma nova doutrina de defesa social. A ideia de punição cede lugar a medidas de ressocialização e de aperfeiçoamento do delinquente. Contudo, mesmo com a monopolização da violência pelo Estado e os inúmeros princípios de contenção no uso do poder punitivo, a vingança continua na prática a acompanhar a finalidade da pena- a tortura parece sempre vir acompanhada da função de vingança delineada por Nietzsche.

Duek ensina que para Nietzsche há dois tipos de vingança: a restauradora com a qual "quer-se fazer mal", e a de autoconservação, a qual seria uma espécie de contragolpe ofensivo contra objetos e pessoas que causam danos ou ofensas, aproximando-se de excludentes de antijuridicidade. A ideia que o filósofo traz é de que o infrator seria um devedor, e pela quebra do contrato com a sociedade, isso justificaria toda hostilidade e ira desta contra o violador do pacto social.38

A tortura como é praticada na atualidade parece abarcar as duas espécies definidas acima. Muitas vezes, usa-se como justificativa para sua prática um "estado de necessidade" para se obter informações ou confissões a fim de se evitar ou fazer cessar um crime. Outras, a ideia de um inimigo que quebrou as regras sociais justifica o uso da tortura como forma de devolver o mal causado e justifica a ira, como uma forma de compensação afetiva à sociedade inclusive. Contudo, essa ideia de direito penal do autor, não encontra respaldo nos fundamentos que hoje colocam o monopólio da violência e da punição sob a responsabilidade do Estado:

> Canalizamos a violência vingativa no sistema penal, mas nos silenciamos quando o poder punitivo rompe os diques de contenção jurídica do direito penal e eclode em massacres, cujos autores são precisamente os que, segundo o discurso, têm função de preveni-los.39

Segundo Zaffaroni a busca ansiosa por poder ilimitado gera massacres. A exploração da vingança acaba no estado policial e por ser naturalmente irracional,

---

37 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, Autoristarismo e golpes na América Latina. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alamenda, 2016, p. 164.

38 MARQUES, Oswaldo H. Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 8-10.

39 Zaffaroni, Eugenio Raul. A palavra dos mortos, Conferências de Criminologia Cautelar São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ela tende ao fracasso. Por isso, é necessário reconhecer que, nas condições conhecidas, o poder punitivo carece de racionalidade ao canalizar a vingança como se elemento racional fosse.

A figura do inimigo no Direito penal serve a um poder punitivo deslegitimado em balizas constitucionais de proteção de bens jurídicos e da dignidade humana, mas relegitimado pelo discurso do medo e da criminalização da miséria. A banalização da barbárie nos casos de tortura, a normalização da exclusão do acusado de um ambiente de direitos, a sua negação como sujeito de direitos é produto de um punitivismo cada vez mais ascendente na aplicação Direito Penal.

> O bandido não é tratado como o cidadão que erra, mas como um inimigo da sociedade, não se reconhecendo nele os direitos fundamentais inerentes à condição de ser humano.
>
> Sob pretexto de combater esse inimigo que supostamente ameaça a segurança e a integridade da sociedade, adota-se um verdadeiro Estado de polícia, que governa as periferias pobres e que suspende os direitos fundamentais da pessoa tida como inimiga.40

4.1 A Tortura como Tipo Aberto

A primeira e mais clara problemática trazida pela lei da tortura brasileira, assim como por outros diversos tipos penais, é a sua falta de "taxatividade", princípio indispensável à correta aplicação do Direito Penal pelos magistrados e que, sem sua observação, pode levar a sociedade à completa insegurança jurídica- por não saberem se suas condutas constituem crime, e mais, qual seria esse crime.

Explicada por Nucci (2019) como um dos princípios derivados da Legalidade, insculpida no artigo 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, a taxatividade preconiza que os tipos penais devem ser formulados da forma mais cuidadosa possível, de modo a não deixar espaços de interpretação dúbia e que possam significar coisas extremamente diversas aos diferentes indivíduos.

Nas palavras de Nucci (2019):

> O primeiro diz respeito à necessidade de que os tipos penais incriminadores sejam minuciosamente construídos, evitando-

40 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, Autoristarismo e golpes na América Latina. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alamenda, 2016, p. 169.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> se terminologia dúbia e fomentando-se a insegurança na sua aplicação. Afinal, a Constituição prevê a inexistência de crime sem lei que o defina, querendo demonstrar ser imprescindível uma correta enunciação, coibindo-se os eventuais abusos do Poder Judiciário.

Analisando, assim, a Lei brasileira contra a tortura, podemos perceber que, de modo díspar do realizado pelas Convenções- tanto da ONU quanto da OEA- não trouxe qualquer definição do que seria a tortura, podendo ser confundida com tipos penais como o de "maus-tratos" e "lesão corporal".

O fato de se tratar de um tipo aberto torna a tortura um crime que, para sua configuração, depende da interpretação do juiz em grande escala e que considera não apenas a subsunção da conduta ao tipo penal, como também as características do autor, quem é a vítima e até mesmo a história e personalidade das testemunhas. Assim, o livre convencimento do magistrado se torna papel central destes tipos de processo.

Se o protagonismo judicial como modo de concretizar direitos já existe sem qualquer tipo de auxílio, a elaboração de leis inexatas como a da tortura apenas propiciam o alargamento deste cenário em que a interpretação magistral não é constrangida pela lei e pode seguir apenas a sua "consciência", desde que fundamentada, o que é propiciado pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado.

Conforme Streck (2019) "o papel da doutrina e da academia é criar constrangimentos epistemológicos para com o judiciário e com o ministério público (...) constrangimento epistemológico no âmbito do Direito é condição de possibilidade para uma democracia autêntica, que se respeite enquanto tal"- de forma, portanto, a sanar esses vácuos legais.

Com o giro ontológico-linguístico, explicado por Streck (2013), compreendemos que as palavras utilizadas pelo legislador fazem papel mister de restrição à interpretação do julgador por determinar que o significado de cada elemento não é mais como antigamente e, portanto, não mais se encontra na consciência, também vista como o sentir de cada um com relação ao objeto.

Esse significado se encontra propriamente na linguagem que, por meio de símbolos, se concretiza através de uma criação coletiva. Estabelece-se, então, a universalidade de compreensão que possibilita a positivação da lei- haja vista a interpretação dos símbolos (palavras) serem objeto de *racionalização* e não apenas de arbítrio desejante- que até hoje acontece:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Como já se viu, deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que "constrói" o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles (Blackburn) (STRECK, 2013).

4.2 A Intensidade do Sofrimento

Como se não bastasse o fato dos juízes já deixarem claro que estão julgando "de acordo com a sua consciência" ou "seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei" (STRECK, 2013), encontramos no inciso II da Lei de tortura elementos que legitimam essa dúvida. Isso se dá quando para a caracterização da tortura realizada por agentes do Estado ou indivíduos que tenham a vítima sob sua "guarda ou autoridade" (a exemplo dos pais), exige-se a presença do *intenso* sofrimento da vítima.

Questiona-se o que seria esse "intenso", haja vista ser algo absolutamente subjetivo e sentido pelas pessoas de forma diferente e a depender de muitos fatores. Uma pesquisa de Jeffrey Mogil41, professor da Universidade de Illinois, mostrou que a percepção de dor é extremamente individualizada e nada se relaciona com a fraqueza pessoal de cada indivíduo.

Por outro lado, as decisões dos tribunais apenas servem para trazer mais dúvida acerca do significado deste sofrimento intenso e do que seria o crime de tortura. Senão, vejamos o apontado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para a diferenciação entre tortura e maus-tratos:

> O delito de tortura exige para a sua configuração típica que a vítima sofra intenso sofrimento físico ou mental. Cuida -se, aqui, portanto, de situações extremadas, por exemplo: aplicar ferro em brasa na vítima. O móvel propulsor desse crime é a vontade de fazer a vítima sofrer por sadismo, ódio e não o *animus corrigendi* ou *disciplinari*. Nesse sentindo "A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro *sadismo imotivado* ou na expectativa de extorquir notícia,

41MOGIL, Jeffrey. *The Measurement of Pain in the Laboratory Rodent.* Disponível em :<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190860509.001.0001/oxfordhb-9780190860509-e-21> Acesso em: 18.05.2020

> confissão ou informação qualquer, sem se lugar a um sentimento de castigo, de reprimenda por ato que se repute errôneo, impensado, mal-educado, ao passo que o delito de maus-tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, de castigar para censurar ou emendar(grifo nosso).42

É perceptível que, para além da utilização indefinida de "intenso" sofrimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda traz outro elemento tão ou mais difícil de interpretação, qual seja a presença de "sadismo imotivado".

Conforme a pesquisa de Maria Gorete Marques de Jesus (2010) verifica-se que, juntamente com o sadismo imotivado, os magistrados requerem a configuração de um "vil sentimento lascivo" por parte do agressor.

Pelo seguinte exemplo mostrado pela pesquisadora, aponta-se que, usualmente, os magistrados determinam se os pais cometeram tortura e não maus-tratos, averiguando se estes são bons ou maus pais, independentemente da conduta realizada. Com a aplicação do tipo aberto, determinam o ato parental como sádico e fetichista.

Porém, é questionável como fazer esse tipo de determinação. Seria com base apenas em sua definição pessoal do que seria sadismo, sem qualquer laudo psicológico? A resposta parece ser positiva e característica marcante nesses processos de tortura:

> As análises dos processos revelaram que nos casos em que o(a) acusado(a) é pai, mãe, padrasto ou madrasta, demonstra-se regular, durante o processo, a prática de avaliar o papel desses atores com relação à vítima. Caso eles supostamente não desempenhem bem seus papéis e sejam considerados "maus" cumpridores de suas funções como responsáveis pelos seus filhos ou enteados, recorrentemente se verificou que se sustenta que a agressão praticada contra a vítima corresponderia a um ato sádico e perverso, sem nenhum motivo de correção ou educação. A vítima é vista como um ser indefeso diante de seu agressor. Não é raro encontrar nos processos expressões como "uma pobre criança indefesa" ou

42 Acórdão do TJSP, Apelação n. 145.497-3/6.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "uma inocente criança que não tinha forças para se defender" (JESUS, Maria Gorete, 2010).

Outra problemática surge quando a vítima é adolescente, situação que se agrava quando este é considerado infrator. Aqui se aponta uma avaliação desconexa. Em casos em que as vítimas são crianças, vistas como puras pelos juízes, a condenação acontece com base em indícios. Porém quando as vítimas são adolescentes em conflito com a lei, estes são vistos como "torturáveis" e a absolvição ocorre porque apenas indícios não são o suficiente para provar que os ferimentos não foram auto infligidos.

Nesse sentido, trecho de sentença trazida por Maria Gorete (2010), num caso em que 23 funcionários da antiga FEBEM foram processados pela tortura de 29 adolescentes que lá cumpriam suas medidas de internação. Consta que, durante sua transferência após rebelião, os agentes responsáveis os teriam espancado e ordenado que permanecessem apenas de cueca, sentados com as cabeças entre os joelhos:

> [o]s adolescentes que reconheceram alguns dos acusados poderiam nutrir em relação a eles sentimentos de animosidade [grifo nosso], que os levassem a incriminá-los falsamente, em razão do longo período que com eles conviveram na unidade onde estavam internados, sendo importante ressaltar que as vítimas não são totalmente isentas e suas declarações devem ser recebidas com reservas.

Reforçando a ideia da diferença de interpretação de acordo com os autores e vítimas, Maria Gorete (2010) traz outro exemplo notório de absolvição dos réus pelo magistrado, sob a seguinte afirmação:

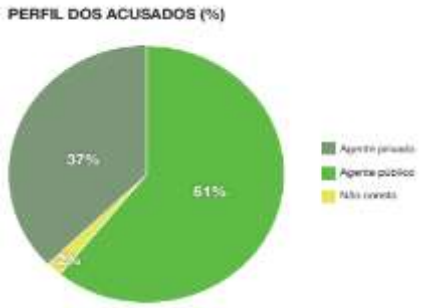
> (...)vítima teria tempo de sobra para lesionar-se de forma leve, depois de liberada e antes de comparecer à Corregedoria, com a intenção de inculcar a prática aos policiais [grifo nosso], em tom de rebeldia, raiva e vingança decorrente da apreensão de seu automotor, fato que também devo analisar, inclusive me compromete na ideia de remessa do caso à Justiça. Os julgamentos do crime de tortura, pois paira dúvida, inclusive, quanto a eventual excesso de abordagem, que na linha como exposto pela prova, foi realizada como condição necessária e de forma moderada [...] a ficha dos policiais não os desabona,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e inclusive há prova de que são pessoas respeitáveis, cumpridoras de seus deveres, sem amálgamas na carreira.

4.3 Um Direito Penal da Vítima

Antes de se tratar da problemática do "sadismo imotivado", é importante colacionar pesquisa da Pastoral Carcerária43 que demonstra o quanto as condenações de tortura dependem tão mais da vontade do magistrado e suas impressões pessoais sobre os autores e vítimas, do que a subsunção da conduta ao tipo penal em si:



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura:* Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010).

Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura:* Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010).

Dados semelhantes são encontrados no gráfico trazido por Maria Gorete (2010) e disponível junto à Revista Dilemas:

43 Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Disponível em< https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento_julgando-a-tortura.pdf>. Acesso em: 18.05.2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desfecho Processual/ Categoria do Réu				
200-2008				
Decisão 1ª Instância	Civil	Preso	Agente do Estado	Total
Absolvido(a)	3	10	127	140
Condenado(a) por outro crime	3	0	21	24
Condenado(a) por crime de tortura	6	0	33	39
Total	12	10	181	203

Fonte: Processos Criminais das Varas Criminais de São Paulo, Fórum da Barra Funda, município de São Paulo, 2000-2008

Fonte: JESUS, Maria Gorete Marques de. Os julgamentos do crime de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo

A primeira discrepância se apresenta entre os números trazidos pela pesquisa da Pastoral Carcerária, em que, apesar de 61% dos acusados de tortura representarem agentes públicos, contra 37% de acusados agentes privados (primeiro gráfico), 70% dos agentes privados foram condenados, versus 50% dos agentes públicos. Ressalte-se ainda que a dosagem da pena é maior nos casos em que os autores são agentes privados.

No terceiro gráfico, trazido na pesquisa de Maria Gorete (2010), de 181 agentes do Estado, 127 foram absolvidos, enquanto que, dentre 12 civis apenas 3 foram absolvidos. Alarmante ainda a diferença quando o réu é agente do Estado. Nos 10 casos houve 10 absolvições, o que demonstra a normalização da tortura nas prisões e entre presos perante a visão do magistrado e, portanto, da sociedade.

Desta análise de dados, resta a dúvida acerca do que realmente está em julgamento no crime de tortura, o fato que deve sofrer a subsunção à norma, ou de fato o perfil dos acusados e, mais ainda, o das vítimas.

4.4 O Sadismo como Elemento Jurisprudencial Inesperado

Passemos, então, à justificação jurisprudencial de determinadas condutas serem tipificadas como tortura com base no "sadismo imotivado" a configurar "vil sentimento lascivo". O tema não apenas aparenta ser, como, de fato, é de alta complexidade, algo extraível do próprio verbete "sadismo" em dicionários de psicanálise:

> sadismo al. Sadismus; esp. sadismo; fr. sadisme; ing. sadism Termo criado por Richard von Krafft-Ebing* em 1886 e forjado a partir do nome do escritor francês Donatien Alphonse François, marquês de Sade (1740-1814), para designar uma perversão* sexual — pancadas, flagelações, humilhações físicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> e morais — baseada num modo de satisfação ligado ao sofrimento infligido ao outro.
>
> Esse termo proveio essencialmente do vocabulário da sexologia*, mas foi retomado por Sigmund Freud* e seus herdeiros no quadro mais geral de uma teoria da perversão e da pulsão* estendida a outros atos além das perversões sexuais. Nesse sentido, foi acoplado ao termo masoquismo* para formar um novo vocábulo, o sadomasoquismo*, que posteriormente se impôs em toda a terminologia psicanalítica. (PLON; ROUDINESCO, 1998).

Destacamos, ainda, a definição presente no dicionário de psicanálise de Laplanche e Pontalis (2000) que aponta para a utilização equivocada do termo "sadismo" como um sinônimo de agressividade- algo que aparenta ser a utilização dada pelos operadores legais:

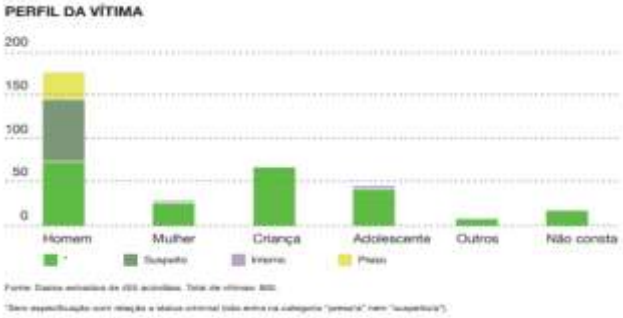
> Notemos que, do ponto de vista terminológico, a maioria das vezes, Freud reserva o termo 'sadismo" (Três ensaios sobre a teoria da sexualidade [13,-ei Abhandhtngen zur Sexualtheorie, 1905), por exemplo) ou "sadismo propriamente dito" (1) para a associação da sexualidade e da violência exercida sobre outrem. No entanto, às vezes chama de sadismo, de uma forma menos rigorosa, apenas ao exercício desta violência, fora de qualquer satisfação sexual (2) (twr: pulsão de dominação, agressividade, sadismo — masoquismo). Essa acepção, que, como o próprio Freud sublinhou, não era absolutamente rigorosa, tomou grande extensão em psicanálise, o que levaria, erradamente, a tomar o termo "sadismo' como sinônimo de agressividade. Este uso do termo é particularmente nítido nos escritos de Melanie Klein e da sua escola. (grifo nosso).

A partir desta breve demonstração da complexidade do assunto e, considerando que uma marca dos processos de tortura é a ausência de laudo psicológico- se da vítima, quem dirá do agressor- como pode o juiz determinar que o agente estava sob domínio de natureza sádica no momento da prática da conduta?

Ademais, e como se não bastasse, qual o conhecimento que se tem da psiquê e história do indivíduo para caracterizar qualquer uma de suas questões psicológicas como "imotivadas"?

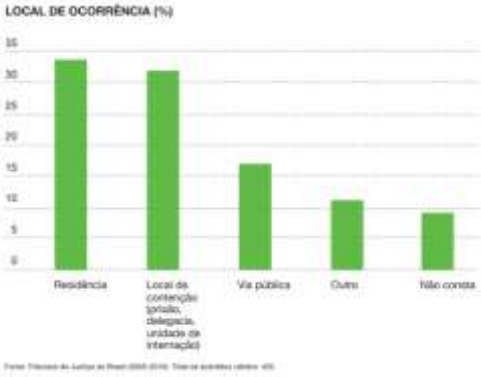
Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como poderia o juiz averiguar se foi um ato de pura lascívia ou um meio de conseguir uma prova ou confissão? E, ainda mais preocupante, como saberia se não foi apenas um meio de infligir um castigo a outro indivíduo que se acredita merecedor deste, algo notável ao se visualizar o seguinte gráfico que mostra que os condenados são os que mais sofrem tortura, desaguando na confirmação da crença social de que o fim do direito penal é a vingança, o castigo, sem qualquer tipo de prevenção:



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura:* Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010).

Em análise combinada dos gráficos, percebemos que o maior motivo para a tortura é o castigo e a obtenção de confissão realizadas (gráfico 4), na sua maioria contra homens "suspeitos" ou "presos" (gráfico 5)- o que , pela lógica, só poderia ter como local dos delitos delegacias e estabelecimentos prisionais. Porém, analisemos o seguinte gráfico para uma reflexão:



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura:* Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se a maioria das vítimas do crime de tortura são homens , ou seja, adultos (gráfico 5) e, em sua maioria "suspeitos" ou "condenados", e os maiores índices de acusados são agentes do Estado (61%, gráfico 1), buscando castigar ou obter confissão (gráfico 4), como se explica o apontamento das Residências como locais da ocorrência?

Possível explicação está na falta de taxatividade da lei e na consequência de interpretação de muitas "lesões corporais" e "maus-tratos" como condutas típicas da tortura com base nesse "sadismo imotivado". Soma-se a isso a dificuldade do juiz e da comunidade em visualizar um policial diligente e que oferece segurança ao bairro como um "torturador" que, conforme a jurisprudência, deve deter essa mesma personalidade "sádica" atribuída aos crimes cometidos em âmbitos domésticos.

4.5 A Recomendação às Avessas

Após a análise dos gráficos e utilizando o conhecimento adquirido acerca do tema, tome-se como os locais comuns de cometimento da tortura as delegacias e estabelecimentos prisionais, o que coaduna totalmente com a Teoria da Tortura como Crime de Oportunidade trazida por Nigel Rodley (2001) em seu Relatório sobre a Tortura no Brasil e pela Teoria da Abordagem de Rotina desenvolvida por Cohen e Felson (MAIA, 2006).

Sucintamente, com base nestas teorias citadas acima, a tortura possui dois elementos que devem ser preenchidos para sua realização: a) atratividade do alvo, em que o indivíduo tem valor simbólico, ou seja, algo a oferecer ao agente (como sua confissão ou punição); b) acessibilidade, que se refere ao indivíduo que pode ser facilmente retirado da sociedade, por sua baixa fiscalização ou supervisão.

Somados os elementos "a" e "b" à falta de vigilância (que pode ser feita por qualquer membro da sociedade) e o encontro oportuno com "possíveis agressores", elemento da segunda teoria, teríamos o ambiente perfeito para a tortura. Todavia, é interessante o fato de que se descreve assim o próprio ambiente da delegacia, o que apenas mostra a tortura como prática institucionalizada.

Como forma de sanar essa problemática, por meio da Recomendação nº 3 Rodley apontou para a custódia do preso em delegacia e sem contato com um magistrado, ter duração máxima de até 24 horas. Dessa forma, pretende-se retirar os "alvos" do local propício ao ato abusivo e a sensação de recompensa do agressor ao assistir o seu ato e ter a vítima sob sua autoridade.

Assim, lançadas em 2015, as audiências de custódia, que determinam uma rápida apresentação dos presos em flagrante aos juízes, vieram com propósito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

reduzir o encarceramento em massa e combater a violência policial, além de obedecerem ao disposto no artigo 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica e efetivarem a Recomendação nº 03 de Rodley.

Dados do Conselho Nacional de Justiça44 apontam que entre 2015 e 2019 foram realizadas 711.148 audiências de custódia no âmbito da justiça Estadual e, que mais de 50% desse percentual ainda resultou em prisão preventiva (424.093). No que tange a relatos de tortura, maus-tratos, o número é de 40.319.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Conectas denominado "Tortura Blindada" foram 393 casos analisados do Fórum Criminal da Barra Funda com o fim de verificar o uso das audiências de custódia como mecanismo de combate e prevenção a tortura e maus tratos. Pelo fato da apresentação do preso ocorrer em até vinte e quatro horas, deveria esta audiência funcionar como importante instrumento para comprovar a presença de marcas e provas de violência, as quais poderiam se perder com o tempo. Contudo, o estudo apresentado demonstra omissão e descompromisso dos órgãos públicos envolvidos (Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Instituto Médico Legal) na forma como se lida com os testemunhos de violência nessas audiências. 45

Dos 393 casos que compõem a pesquisa, em apenas 34 houve registro formal de agressão no auto de prisão em flagrante e em apenas um caso o Delegado responsável, deu ordem de prisão ao Policial Militar acusado e instaurou inquérito policial para apuração dos fatos. Segundo o estudo, na grande maioria dos casos havia relato genérico no interrogatório do acusado, semelhante ao seguinte: "que os policiais o agrediram e o trouxeram a essa delegacia." (esse trecho foi retirado do auto de prisão em flagrante do caso 75). Nos demais em que não havia registro de violência no auto de prisão em flagrante, estavam presentes frases que pretendiam negar qualquer tipo de agressão por parte dos policiais. Além disso, em 18 por cento dos casos havia uma explicação da origem de possíveis lesões de forma a isentar os policiais.

A falta de interesse das instituições que participam da audiência de custódia fica também evidente nos números apresentados. Dos 331 casos (Universo Inicial), os juízes não questionaram acerca de alguma agressão em 109 casos (33% do Universo Inicial), o promotor não perguntou em 99 casos (91% do Universo Anterior),

44 Estatística de Audiência de Custódia Estadual. Disponível em:< https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC> Acesso em: 20.05.2020.

45 Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/pesquisa-inedita-tortura-blindada>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o que demonstra uma segunda cadeia de omissão e a gravidade da problemática, pois este seria o melhor momento para o processo de *accontability* por parte do Ministério Público. Por fim, o defensor não perguntou em 21 casos, o que corresponde a 21% do universo anterior, e 6% do universo inicial. 46

Em relatório sobre visita realizada no Brasil em 2015, o relator da ONU para a tortura reforçou a importância de que as audiências de custódia sejam formatadas para garantir um ambiente institucionalmente seguro para as denúncias de violência. No mesmo sentido, o Subcomitê de Prevenção e Tortura das Nações Unidas afirmou em relatório de 2016 que "as audiências de custódia não estão desenhadas para prevenir a tortura e os maus tratos." Completou dizendo que o Subcomitê não estaria convencido de que os juízes estariam dispostos a observar e agir em resposta a sinais de maus tratos físicos ou mentais por parte dos agentes policiais, ou que os juízes e defensores perguntem rotineiramente sobre como o detido foi tratado na prisão, no transporte e na detenção prévia à audiência. 47

Ainda dentro deste tema, preocupante também o apontamento de Valença e Amorim (2019) sobre duas teses trazidas em março de 2019 pelo STJ as quais podem funcionar como utilização às avessas da audiência de custódia: " a) uma vez decretada a prisão preventiva, fica superada a tese de excesso de prazo na comunicação do flagrante". Ora, se mais da metade das audiências de custódia entre 2015 e 2019 resultaram em preventiva, resta interpretar que o excesso de prazo é tese quase que inexistente para a defesa nesse quesito.

Seguindo, "b) realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia". Nesta segunda previsão, se trata realmente da legitimação do absurdo e da interpretação às avessas dos tratados, convenções e da própria Constituição Federal.

4 - Conclusão

A tortura acompanha a história desde a Idade Média. A proibição da tortura emerge de uma crise humanitária profunda no pós Segunda Guerra Mundial. A ONU editou sua Convenção que reconheceu caráter absoluto do direito de não ser torturado, criou mandado de criminalização, e criou mecanismos de controle, pois a

46 Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/tortura-blindada> Acesso em 01.07.2020.

47 Disponível em:< https://www.conectas.org/noticias/pesquisa-inedita-tortura-blindada> Acesso em 01.07.2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

história demonstrou que a perpetuação da tortura ao longo do tempo se deu com base na falta de transparência e monitoramento.

Nessa esteira o Sistema Interamericano também editou sua Convenção para combater a tortura e os maus tratos. Em consonância com a do Sistema Global, o direito a não ser torturado é protegido contra quaisquer argumentos utilitaristas justificantes. A Corte Interamericana, em diversos casos já decididos, demonstrou empenho em efetivar direitos contra o abuso do poder presente na tortura, assim como em efetivamente restaurar os danos causados às vítimas. As sentenças e recomendações da Corte demonstram preocupação com a proteção absoluta contra quaisquer argumentos de excepcionalidade, com a reparação integral e efetiva à vítima e com a letalidade estatal, a qual precisa ser combatida com mecanismos efetivos de transparência, controle e monitoramento daqueles que exercem papéis de controle e punição.

O Brasil seguiu tardiamente os mandados de criminalização internacionais e tipificou a tortura de forma até mais expansiva, pois estendeu sua possibilidade de autoria aos particulares. Contudo, uma cultura enraizada no poder autoritário parece não ter visto nessas tipificações verdadeiras amarras ao abuso de poder que culmina na violência da tortura.

A ideia de vingança e de inimigo do pacto social que desmerece direitos ainda é incrustada nas Instituições do Estado Brasileiro e isso cria um discurso legitimador do uso da tortura como instrumento para obtenção de provas ou como castigo. Mesmo possuindo até mecanismos internos específicos como a audiência de custódia e lei para o uso de instrumentos com menor potencial ofensivo pela Polícia, na prática a tortura perpetua com certa naturalização de sua barbárie. A sociedade do medo, aceita a tortura do "outro", pois não há concretização coletiva de valores democráticos e humanos de forma a despertar um real ímpeto de combate à tortura por parte daqueles que podem preveni-la ou punir de forma civilizatória aqueles que a praticam. Serrano cita Arendt sobre o mal sobreviver na banalidade:

> (...)o mal sobrevive na banalidade, na superficialidade, nunca é radical, pois não desce à raiz, não tem profundidade. Mas pode ser extremo. Agentes Policiais torturam prisioneiros por acreditarem de forma irrefletida que isso faz parte de seu papel profissional. É a ausência de reflexão – ética, moral, política – a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> origem do mal que pode se tornar extremo e levar a um genocídio.48

A legislação brasileira, contrariando conceitos determinados nas convenções, tipificou a tortura como um "tipo aberto" e que abre margens irrazoáveis de interpretação do julgador. A tradição Kelseniana leva à utilização do Princípio do Livre-Convencimento Motivado como forma de decidir conforme sua consciência e, portanto, analisando não apenas a subsunção da conduta ao tipo penal, mas também as características e vida pretérita dos investigados, das vítimas e até mesmo das testemunhas.

Na prática, a falta de multidisciplinaridade com o Direito cria ainda mais espaço para arbitrariedades. O conhecimento em áreas como a Psicologia é ignorado e decisões em que se exige a necessidade de quantificação do sofrimento como "intenso" e da necessária caracterização do suspeito como um "sádico" com "vil sentimento lascivo" são baseadas em impressões puramente pessoais do magistrado. E este como membro de uma sociedade reflete em suas decisões os valores dessa ao legitimar certas condutas. De fato, o que se faz é separar e valorar as pessoas como "torturáveis" e "não torturáveis" e "torturadores" e "não torturadores". Isso tudo como se a finalidade legítima da pena no Direito Penal pudesse ser apenas o castigo e a vingança.

As Convenções Internacionais e a legislação nacional seguem relevantes, pois simbolizam o reconhecimento de um direito e a obrigatoriedade dos Estados de protegê-lo. Contudo, a efetivação desse Direito só será possível mediante educação e formação em direitos humanos daqueles que exercem o poder sobre o outro. A Democracia exige o reconhecimento de todos os seres humanos como iguais em direitos e deveres, e o Estado de Direito, por sua vez, que o poder está fundado na sua própria limitação e finalidade, que deve ser a priori sempre o ser humano.

> O processo desconstituinte, por outro lado, se desenvolveu também em nível social e cultural, com o desaparecimento dos valores constitucionais da consciência de uma grande parte do eleitorado: por indiferença, por falta de sentimento cívico ou pela transformação no imaginário coletivo da própria concepção de democracia.49

48 SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina. São Paulo, Alameda, 2016, p. 136.

49 FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 14.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A sociedade civil deve junto com o poder público discutir mecanismos que façam os representantes do Estado e os poderes refletirem sobre seu papel no uso do monopólio da força. Devem também despir-se das ideologias impostas sobre quem é o incluído em direitos e quem é o inimigo da sociedade, afinal de contas, a Declaração Universal é clara em seu artigo 1º e 2º que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos. Devem se unir uns para com os outros em fraternidade, e podem invocar os direitos e liberdades sem distinção alguma. Não há justificativa legítima para se excluir seres humanos que são fins em si mesmos da malha de proteção de direitos. A tortura deve ser encarada como a maior concretização da falta legitimação e controle sobre o papel do poder do Estado.

Referências:

A ONU recomenda o fim da Polícia Militar no Brasil? Disponível em: <https://nacoesunidas.org/a-onu-nao-recomenda-o-fim-da-policia-militar-no-brasil/amp/>. Acesso em: 08 jun. 2020.

AMORIM, Treicy Kariny Lima de; VALENÇA, Manuela Abath. (2019) Audiências de *custódia e violência policial*: comentários às recentes teses do STJ sobre prisão em flagrante. Boletim IBCCRIM, no 332. São Paulo, IBCCRIM.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BOVO, Cassiano Martines. *Chacinas de Nova Brasília: esquecimento interrompido.* Justificando, 16 Junho 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/04/30/chacinas-de-nova-brasilia-esquecimento-interrompido/>. Acesso em: 08 Junho 2020.

Caso Favela Nova Brasília VS Brasil. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf>. Acesso em: 09 Junho 2020.

BRASIL, *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15.06.2020.

BRASIL, *DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 14.05.2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL, *DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 15.05.2020.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 145.497-3/6.

CÂMARA, Heloísa Fernandes; DIAS, Isabella de Souza. (2019) *Condenação do Brasil no caso "Favela Nova Brasília" e os parâmetros de atuação estatal na violência policial*. Boletim IBCCRIM, no 321. São Paulo, IBCCRIM.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatística de Audiência de Custódia Estadual*. Disponível em: < https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC> Acesso em: 20.05.2020.

Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans encarceradas em presídios masculinos. Disponível em: < https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml> Acesso em: 08 Junho 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana***.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões.* 23. Petrópolis: Vozes, 2008.

GRECO, Luís. *As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados "Casos de Bomba Relógio".*

ITAMARATY. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil.* Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/RESUMEN_OFICIAL_PORTUGUES.pdf> Acesso em: 15.05.2020.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *Os julgamentos do crime de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo*. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 9 - JUL/AGO/SET 2010 - pp. 143-172

LAPLANCHE, Jean.; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário de psicanálise*. 2.ed. Santos: Martins Fontes, 1970

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MAIA, Luciano Mariz. (2006), *Do controle judicial da tortura institucional:* À luz do direito internacional dos direitos humanos. Tese (doutorado), Universidade Federal de Pernambuco

MARQUES, Oswaldo H. Duek. *Fundamentos da pena.* São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MATIAS, Hugo Fernandes. *Prevenção e combate à tortura na atuação institucional da Defensoria (parte 2)* – Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/tribuna-defensoria-prevencao-combate-tortura-atuacao-defensoria-parte> Acesso em: 08 Junho 2020.

MOGIL, Jeffrey. *The Measurement of Pain in the Laboratory Rodent.* Disponível em :<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190860509.001.0001/oxfordhb-9780190860509-e-21> Acesso em: 18.05.2020

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Forense, 2019, 6ª edição.

PÁDUA, Vinícius Alexandre de. *Cifras criminais da criminologia*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43661/cifras-criminais-da-criminologia> Acesso em: 08 Junho 2020.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.* Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura:* Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Disponível em< https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento_julgando-a-tortura.pdf>. Acesso em: 18.05.2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2010.

PLON, Michel.; ROUDINESCO, Elisabeth. *Dicionário de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

RAMOS, Andre de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2014.

Relator Especial da ONU considera que as mortes causadas pela polícia brasileira continuam tendo taxas alarmantes. Disponível em:< https://nacoesunidas.org/relator-especial-da-onu-considera-que-as-mortes-causadas-pela-policia-brasileira-continuam-tendo-taxas-alarmantes-o-governo-tem-falhado-em-tomar-todas-as-medidas-necessarias/> Acesso em: 08 Junho 2020.

SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina.* São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*. São Paulo, Alameda, 2016, p. 136.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, 4ª edição.

STRECK, Lenio Luiz. (2019) *Porque a interpretação não constrangida é vitamina para os anseios de tirania.* Boletim IBCCRIM no 322. São Paulo, IBCCRIM.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar.* São Paulo: Saraiva, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

UMA BREVE APRECIAÇÃO DOS SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS PRESTADOS PELOS CARTÓRIOS, EM ESPECIAL O TABELIONATO DE NOTAS E O INSTRUMENTO DA ATA NOTARIAL, SUA FINALIDADE E UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE PROVAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Pós Graduando em Direito Civil, Processo Civil e Direito Notarial e Registral pela instituição Dom Alberto, Pós Graduado em Direito Previdenciário e Direito das Famílias e Sucessões pela instituição Damásio de Jesus, Bacharel em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmerio e Bacharel em Administração pela Faculdade Cidade de Coromandel.

RESUMO: As servidões extrajudiciais infelizmente não têm sido analisadas em curso de graduação, assim, um achaque que muitos estudantes, até mesmo profissionais operantes do Direito, não abonam a carecida aplicação e precariamente apreciam a importância. Têm muitos misteres proporcionados pelos notários bem como por registradores que colaboram de configuração acentuada para o poder Judiciário. Dessa maneira, para este pesquisa, apartar-se-á Ata Notarial, ferramenta pública, abrolhada pelo tabelião, de configuração indiferente, propendendo a documentação de acontecimentos presenciados pelo supra, eternizar-se na ocasião e abonando a autenticidade pela certeza notória. Logo, pela presente pesquisa, almejar-se-á abeirar-se as ocupações extrajudiciais aos subsídios para o judiciário e seu acentuado prestamento de ocupação à coletividade. Apartar-se a ajuda do instrumento da Ata Notarial com a intenção de fabricação de provas, concluindo por sua vez o presente estudo.

Palavras chaves: Ata Notarial; Meio de Prova; Servidões Extrajudiciais.

ABSTRACT: Unfortunately, extrajudicial easements have not been analyzed in undergraduate courses, thus, a situation that many students, even professionals working in law, do not pay for the lack of application and precariously appreciate the importance. They have many mysteries provided by notaries as well as registrars who collaborate in a marked configuration for the Judiciary. In this way, for this research, Ata Notarial will be separated, a public tool, covered by the notary, of indifferent configuration, providing the documentation of events witnessed by the supra, eternalizing at the time and endorsing authenticity by notorious certainty. Therefore, through this research, the aim will be to move from extrajudicial occupations to

subsidies for the judiciary and its marked provision of occupation to the community. Departing the aid of the instrument of the Notary Act with the intention of fabricating evidence, concluding in turn the present study.

Key words: Notary Minutes; Evidence; Extrajudicial easements.

INTRODUÇÃO

A coletividade, presentemente, advém por uma etapa em que o conhecimento está cada vez mais conquistado e as afinidades acontecem de maneiras cada vez mais aceleradas e virtuais. Não incomuns direitos são acometidos e as avaliações destes acometimentos em passo acelerado se perdem. Em determinados acontecimentos sequer a avaliação testemunhal pode ser conseguida. Aí aparece a entidade da ata notarial, adequado instrumento que, por sua celeridade, é apropriado de comboiar a aludida aceleração contemporânea na biografia presente. Neste baleado arrazoa a atualizada pesquisa, segundo será visto na sequência.

Dessa maneira, o tema analisado, é sobre o acontecimento dos serviços extrajudiciais prestados pelos cartórios, em especial o tabelionato de notas e o instrumento da ata notarial, sua finalidade e utilização como meio de provas no direito civil brasileiro, o qual, já foi abordado de maneira característica por múltiplos conhecedores da extensão notarial, em artigos, teses bem como monografias, entretanto não existem obras literárias de máximo vulto no direito nacional que abordem o achaque de maneira característica.

Dessa maneira, o estudo busca a compreensão em síntese da ata notarial, bem como concretizar a partir de arrolamento legislativo, bibliográfico e jurisprudencial a propósito da temática, visando a melhor utilização da supramencionada como meio de provas no direito pátrio.

Enfim, a presente pesquisa foi organizada e divida em capítulos, sendo o primitivo a acatamento dos serviços extrajudiciais, o secundário explicita o Tabelionato de Notas, seus atributos e suas ações, o terceiro apartar-se a Ata Notarial, seu desígnio probatório, findando com a conclusão desta bem como as bibliografias utilizadas.

I DA SERVIDÃO EXTRAJUDICIAIS

1.1- Apreciações das servidões públicas confiadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inicialmente, para conceituar as servidões extrajudiciais, satisfaz improvisar uma abreviada anotação e aprovação. Dessa maneira, procurar-se o Direito Administrativo como cacimba, designadamente a apreciação dos funcionários públicos, e os acentuados mandamentos do autor Pietro[1]. A teoria e ainda também a legislação considera o argumento com as consequentes nomenclaturas: a) administradores políticos; b) funcionários públicos; c) castrenses; e, d) privados em auxílio com o Poder Público.

Logo, objetivamente, abraçamos a aprovação avaliando abertamente os reservados em cooperação com o Poder Público. Deparar-se nesta camada, por sua vez as pessoas físicas que não têm liame empregatício com a administração, que proporcionam servidão para o Estado, através, ou ainda mesmo, sem estipêndio. Este conjunto se subdivide em: a) comissão do Poder Público; b) exigência, nomeação ou designação; e os c) gestores de interesse.

Por derradeiro didático, começamos as exposições pela exigência, nomeação ou designação. Estes, de atitude comum, não abiscoitam estipêndio, não alimenta o liame com o Estado, elucidando, são os solicitados para prestamento de ocupação castrense ou eleitoral, os jurados e os afins.

Abraçando para os gestores de interesse, abranger-se o costume categoricamente igualitário, afetuoso, da dependência recíproca humana, objetivando a coletividade altruísta. Eles sugerem admitir tais colocações, assim sendo, de caráter automático contribuem para a gestão administrativa pública em acontecimentos emergenciais, de extraordinária precisão, de catástrofes públicas.

Apesar disso, o que preocupa para essa pesquisa, são os privados em cooperação com o Poder Público, abarcado por incumbência por sua vez do próprio Poder. Apartar-se pelo estipêndio que é carecida a estes reservados, contudo, quem recompensa são os privados, terceiros usufrutuários das servidões, e não o Estado. Ademais, o Estado vigia o privado, apesar de que sua colocação seja desempenhada em designação adequada, a colocação é predominantemente notória. É nessa categoria inferior que se deparam as servidões extrajudiciais, notariais e também as de registros, artefato da atualizada pesquisa.

Arranjada a aprovação, finaliza-se que a apropriada conceituação se vincula nas explicações. Dessa maneira, passa-se, consecutivamente para a apresentação da legislação das ocupações públicas delegadas, notadamente as notariais bem como as registrais.

1.2- Legislação

Alcançamos que o ordenamento legal nacional é dirigido e amparado pela prolixa coluna da Carta Magna do ano de 1988. Assim, não poderia ser acertado de atitude diferente os argumentos objetivados desta pesquisa. Acatando a hierarquia legislativa, começa-se então, pela Constituinte do ano de 1988.

Dessa maneira, nos termos do artigo 22, inciso XXV, delibera que a União legislará privativamente a propósito dos registros públicos. Logo, tal encargo foi admitido pela União, legislando a propósito dos registros públicos. Aproveitar-se articular que a própria Carta Magna supramencionada já fez obedecer de maneira objetiva e clara a propósito dos serviços notário bem como os de registro. Desse modo, nos precisos termos do Artigo 236 e seus atinentes parágrafos da Constituição[2] se tem que:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
>
> § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.
>
> § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
>
> § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Assim, uma pequena divagação a propósito do dispositivo nos doutrina que no competente caput do artigo acha-se a sua apreciação, das servidões notariais bem como a de registro, ora já pesquisados, abandonando aberto que são ocupações públicas confiadas aos privados. Os atinentes parágrafos serão em seguida considerados, abonando uma mais perfeita abrangência e didática.

Desobedecendo a ordem cronológica, e aproveitando da hierarquia dentre as regras, apresentar-se a Lei Federal de número 6.015[3] do ano de 1973, a qual se denomina Lei de Registro Pública que conclui a desígnio dos registros públicos e dá diferentes onipotências, partindo de aberturas até acomodações institucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim a Lei de Registros Públicos se decompõe em cinco cabeçalhos, da consequente configuração: o primário aborda das acomodações gerais, imputações, escrituração, autorização do serviço, divulgação, amparo e encargos; do secundário até o quinto cabeçalho, são disciplinados designadamente as múltiplas ocupações, concomitantemente, o Registro Civil de Pessoas Naturais, o Registro Civil de Pessoas Jurídicas, o Registro de Títulos e Documentos bem como o Registro de Imóveis; a norma se conclui com o cabeçalho das Acomodações Finais e Temporárias.

Logo, analisando a acuidade e igualmente a completa anotação a propósito dos atos e dos registros, formas, princípios, regulamentação e aparelhamento institucional, esta regra é ainda apontada de Código dos Registros Públicos, porquanto é nela que por sua vez estão disciplinadas servidões tão aproveitais e de amplo valimento a toda coletividade, como assentamento de nascimento, matrimônio, falecimento, registros de ações característicos de pessoas jurídicas, registros de imóveis e as demais especialidades.

Por consecutiva, em subordinação à Carta Magna de 1988, a Lei de número 8.935 de 1994, apontada de Lei dos Notários bem como dos Registradores, regulamentou o nos termos do artigo 236 da Constituição Federal[4] de 1988. Diversamente da Regra de Registros Públicos, a Regra dos Notários bem como dos Registradores compreende as conveniências de notas, de protestos, de distribuidores e de contratos marítimos.

A Regra de número 8.935[5] do ano de 1994 disciplina argumentos como caráter e desígnios dos serviços notariais e de registros, imputações e alçadas dos fidalgos da delegação, o acesso na atividade, os prepostos, o encargo civil e o criminal, os antagonismos e barreiras, direitos e obrigações, infrações disciplinares e as respectivas punições, inspeção pelo poder judiciário, amortização da delegação, seguridade igualitária social, dentre outros.

Vale mencionar igualmente a regra que regulamenta os serviços atinentes ao protesto de títulos, Regrade número 9.492[6] do ano de 1997. Ressaltar-se também que, os cartórios extrajudiciais necessitam acatar e se subordinar às Regras de Serviços da Corregedoria, que são perpetradas pelos Estados componentes e seus atinentes Tribunais de Justiça, bem como os acondicionamentos a propósito de custas e dos emolumentos, que são regulamentados igualmente por Regras Estaduais.

Por derradeiro, são cultivadas as demais Regras Municipais, Estaduais e Federais no comovedor a motivado argumento adiantado pelos notários bem

como pelos registradores, por modelar, Leis Federais sobre Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, Leis Estaduais relativas a impostos como Imposto sobre Transmissão Causa Mortes, Estatuto das Cidades, Estatuto do Idoso e o Código Civil. Apesar disso, todo o ordenamento jurídico está abarrotado de regras a estarem acatadas nestas conveniências no exercício de suas ações.

1.3- Os Princípios em geral

Nesse momento abordaremos os princípios de caráter unânime. Uma abreviada divagação a propósito dos princípios constitucionais da administração, princípios de direito particular. E carecido à especificidade da temática, apartar-se os princípios do direito de registro bem como os princípios do direito notarial.

1.3.1- Os Princípios constitucionais da administração

Nos termos do artigo 37 da Carta Magna de 1988 põe como princípios da administração pública: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Bancar-se-á abreviadas exposições destes no campo notarial bem como do registro.

O cabeçalho da legalidade incide na sujeição e dependência absoluta da regra, o tabelião bem como o registrador não pode cometer suas ações em desconformidade da legislação. Ainda necessitam agir como fiscais da norma e asseverar a execução dela. Cumpre ainda alegar que os registradores, igualmente como os tabeliães, abarbam circunstâncias em que constituíram cometidos atos abrigados ou ainda também judiciais em que a regra não foi reverenciada, por comprometimento eles necessitam ajustar as ações de atitude que compitam a regra, bem como todos as condições formais e as materiais.

Abranger-se pelo princípio da impessoalidade o impedimento de agir em acrescentamento ou avaria de causadas pessoas. Apesar disso, apartar-se-á colocação do tabelião e também do registrador, estes desempenham suas colocações pessoalmente, pela fé pública. Todavia, observaram que o adequado fidalgo da conveniência apresa a fé púbica, que pode ser desempenhada com subsídio de seus prepostos, sendo lícito a estes derradeiros agirem por substitutivo nas abrolhas de empecilhos e antagonismos dos titulares nos termos do artigo 27 da Lei de número 8.935/94[7].

O princípio da moralidade é de maneira instintiva acentuada, uma vez que não existe apreciação aboco justaposto às desiguais civilizações. Princípio sombrio de subjetividade, mas que necessita prezar pelos alicerces éticos bem como os morais que se avultam se apartam em uma coletividade motivada. Em acatamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a tal princípio, necessita se cometer as ações comprovando a boa-fé e honestidade. Cumpre ainda destacar o ensinamento dos autores Ferreira e Rodrigues[8]: "Toda norma jurídica tem um conteúdo moral, mas nem todo preceito moral integra o direito."

O princípio da publicidade é de modo óbvio a premissa de que todas as ações da administração carecem ser evidente, admitirem ascensão por algum privado, seja ele componente ou não, evidente ou não. Constituiria inquisitorial e afrontoso ao estado democrático de direito assegurar que a divulgação das ações é infinita. Pelo adverso, esta divulgação tem abordes, reverenciando o perpendicular à intimidade bem como à vida privada, direitos aplicados na Carta Magna de 1988. Por diferente andamento, a conveniente administração carece-ser proteger os documentos confidenciais com o desígnio sempre, de priorizar, o empenho público.

Apresenta-se um alarido quando acareadas os consequentes procedimentos: configuração pública e a publicidade. Nesse sentido, cita-se Ferreira e Rodrigues[9]:

> A forma pública é solenidade que a lei exige, ou faculta, para garantir a segurança jurídica dos atos ou negócios. A forma pública decorre da intervenção do notário com sua fé pública.
>
> A publicidade é efeito da lavratura do ato. Ela pode ser mitigada, quando envolva a intimidade do usuário ou para proteger sua família.

Logo, o princípio da publicidade é impecavelmente justaposto nos cartórios, para isso, satisfaze alegar determinadas celeridades características das conveniências: declarações de nascimento, matrimônio, falecimento, registro de imóvel, inscrições, dentre inúmeras. Por modelar, qualquer privado, seja ele interessado ou até mesmo não, pode solicitar uma declaração de matrimônio, mesmo que seja de terceiros.

Concluindo por sua vez os princípios da administração pública, apresenta-se o princípio da eficiência. Seu desígnio primordial é a concretização de ações garantidas juridicamente. Cultiva-se ainda a boa prestação do ofício à coletividade, e é nesse ponto que apartar-se o desempenho dos fidalgos de delegações, em particular os notários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por sua celeridade, essencialmente, os notários necessitam e desempenham uma direção empreendedora, inovando e se classificando de tal maneira pessoalmente, dispondo igualmente os prepostos, tudo quanto estruturalmente, através de tecnologias propendendo à praticidade e agilidade na metodologia das ações.

1.3.2- Os Princípios de direito particular

Começa-se com o princípio do livre-arbítrio de acordar ou da autonomia do anseio; as pessoas apresentam a alvedrio de acordar com quem almejar do próprio caráter, incumbe a elas ainda a alternativa de não acordar com acurado indivíduo. Assim, o princípio da autonomia da ambição aguenta a probabilidade de patrocínio de contratos irregulares, acordos não antevisto no ordenamento legal, mas que necessitado as características das afinidades civis bem como as comercializais, é lícito e necessário para a promoção desses, abordando consecutivamente à função social do ajuste e os impedimentos da regra. Notadamente o tabelião, recepciona essas pretensões compondo e arranjando adequadamente às múltiplas ações cometidas. Compete ao tabelião, pelo seu conhecimento jurídico com apoio na legitimidade instrumentalizar as diferentes ações civis.

Abraça-se com o princípio da obrigatoriedade, mais manifesto pela demonstração *pacta sunt servanda*, explanando, os acordos carecem ser exercidos. É a abonação legal que as partes acertadas apresentam de determinar a execução do acordo pela parte adversa, implicando logicamente a execução por sua vez de ambas as partes contratadoras. Logo, a eficácia vinculante dos acordos pode ser relativizada, assim, objetivando a função social do acordado, o balanceamento acordado a boa fé. Deste modo, para isso são empregadas as probabilidades de revisões dos acordos realizados.

Diferente princípio fixamente advertido no direito notarial bem como no registro, é o princípio da hegemonia da ordem notória. Assim como já se viu a autonomia da ambição não é incondicional, e os oficiais bem como os tabeliães trazem por obrigação vigiar e afiançar o interesse notório nas afinidades privadas. Para isso ressaltar-se-á a doutrina do autor Gonçalves[10]: "A liberdade contratual encontrou sempre limitação na ideia de ordem publica, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual."

Apartar-se igualmente o princípio da integridade e boa-fé. As partes têm veles convergentes, apesar de que suas imputações constituam completamente contrapostas. Para de tal maneira, procurar-se a prevalência da certeza dentre as partes, de atitude que exista um auxílio para que o acordo seja exercido e que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ambas alcançam seus veles sem abrolhar avaria a parte adversa. Assim, o diploma civil, nos termos do artigo 112[11], estabelece que deva utilizar-se a desígnio consubstanciado na asseveração de anseio e não, apenas, o escólio exato das disposições compostas.

Por derradeiro, o principio da função igualitária do acordo. Faz obedecer nos termos do artigo 421[12] do Código Civil, que de tal modo transcreve-se: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." Desse modo, como já foi abordado, é a função social do acordo que aborda o alvedrio de acertar e a autonomia do anseio. Pode-se falar que a função igualitária do acordo é o desenvolvimento da hegemonia da ordem notória. Os abordes consistiram em cultivados pelos operantes do direito.

Desse modo, os autores Ferreira e Rodrigues[13] ressaltam que: "Ao tabelião de notas não é dado impor cláusulas ou condições antecipando e buscando estabelecer limites ou impor a função social do contrato." Apesar disso, admiravelmente desacerta-se, é irracionalmente extraordinário arranjar com que o tabelião se debela a difundir-se ações que não reverenciam e não acendem decorrências igualitárias. Assim, é função de todo e qualquer operante do direito prezar pelas finalidades legais bem como as sociais das relações dos pactos acordados. Atrevido consistiria abduzir a carga de um profissional que desempenha admirável desempenho público cometendo ações e adjudicando a eles autenticidade, ajustamento, abonação legal e publicidade.

1.3.3- Os princípios do direito notarial e de registro

Inicialmente, o princípio da autoria e culpabilidade apoia a apreciação perpetrada anteriormente. Assim, o tabelião bem como o registrador são os agentes culpados pela instrumentalização da ação. Logo, são eles que glosam as ambições das partes e formalizam o atenho, abonando ao supra a configuração pública. Apesar disso, carecem ajudar as partes para que as ações constituam em ser legais, de atitude a acastelar a demanda. Constituindo assim, respinga civil bem como criminalmente pelos danos causados, havendo culpa, dolo, inabilidade, imperícia, descuido e desconhecimento das normas.

Repousando nessa autoria e coerente carga, apresentar-se os princípios do domínio de legalidade e o da abonação jurídica, que já foram citados diversas ocasiões de caráter indireto. Os fidalgos dos cartórios necessitam prezar pela legitimidade da ação, controlando a legalidade do interesse, advertindo as condições legais, procurando consecutivamente formalizar as pretensões das partes de configuração legal. Conforme preceitua o autor Rezende[14] que: "Ele

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não é apenas e tão somente um documentador que dá forma ao negócio jurídico, mas, também, um intérprete que tem a obrigação de saber o que as partes desejam, adequando a sua (*delas*) vontade em busca da finalidade perseguida."

Apresenta-se igualmente o princípio da contenção. Se acedendo dos imperativos e categorias das partes, o notário necessita aconselhar a configuração mais parcimoniosa, até mesmo tributariamente e não só em afinidade aos emolumentos.

Assim, o princípio da forma é de comprovação evidente, pois constituindo as ações notórias, racionalmente, deve se advertir uma configuração adaptada para isso, ou signifique a maneira pública. A regra outorga à formato público alento e autenticidade ao atenho, acendendo altivez legalístico de essência ou verdade.

Atinente às imputações dos notários bem como dos registradores, apresenta-se os princípios da adjacência, imparcialidade e a independência. A adjacência é o acionador do tabelião com as partes, não basicamente o acionador anatomista, contudo por algum meio de concessão que abona a abrangência das aspirações das partes e o carecido aconselhamento para afamar acurada ação. A imparcialidade bem como a independência aborda a adjacência, ao estreito que o acionador não carece ser reservado de atitude que anule uma das partes. O aconselhamento bem como o assessoramento do registrador bem como do tabelião carecem ser imparciais, não provocando acrescentamentos e nem avarias às partes, por isso eles não carecem agir somente se debelando a anseio das partes.

Ressalta-se igualmente o princípio da petição. Igualmente como o julgador, o tabelião não age de ofício, por isso necessita haver um pedido, uma rogativa. Normalmente essa súplica é arranjada de caráter implícita e falada, entretanto determinadas ações e abonada a complicação, é estimável que o tabelião determine o petição escrita.

Acontecido a rogativa, lavrado o afixo, o que o completa é a aceitação, e é daí que se retira o princípio da acedência. Apresenta-se a aquiescência com a assinatura de ambas as partes ao derradeiro do afixo. Admirável observar que o atenho não é formalizado com a aceitação, contudo, existe uma advertência. Logo, a ata notarial, artefato da presente pesquisa, não carece de aquiescência, pois como percorre, a ata é a comprovação de um acontecimento e não uma amostra de anseio. Além disso, sobre a aceitação citamos os autores Ferreira e Rodrigues[15] afirmam que:

> Parece excessivo lembrar, mas é indispensável que o consentimento seja livre dos defeitos do negócio jurídico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> especialmente de coação. É presunção legal que a atuação notarial elide a existência de erro ou ignorância, dolo, lesão ou manifestado estado e perigo nos atos jurídicos formalizados perante o tabelião.

Diferentes princípios efetivos são o princípio da coesão formal do atenho bem como o princípio da unicidade do afixo. O primário aconselha que o afixo notarial deva apresentar uma coesão de argumento, momento e lugar. Coloca uma ordem cronológica de expressões até a finalização do atenho que como surgimos se abona com a acedência. O secundário implica que a instrumentalização do afixo é arranjada de caráter excepcional e sem apartes, é um princípio instrumental. A composição de um documento, por modelar, carece ser sem apartes. E em uma excepcional inscrição, assim sendo, num excepcional instrumento, pode ser afamada mais de uma ação, por modelar, uma aprovação de direitos e um donativo.

Apresenta-se o princípio da matricidade ou amparo. Logo, tal princípio prática a escopo das imputações das conveniências. Algumas das imputações são as divulgações e o perpetuamento do atenho, imediatamente, se faz cogente que as ações constituam instrumentadas em livros adequados e esses alfarrábios carecem ser guardados e conservados para que suas implicações sejam resguardadas e jazidas, abonando a abonação jurídica.

O princípio da obrigação de destreza diferencia-se pela obrigatoriedade do tabelião bem como do registrador de cometerem as ações de suas colocações. É fulgente que poderá existir resigna formal se originado aprendizado promovido afrontar a legitimidade das ações.

Concluindo os princípios, considerar-se o princípio mais admirável do direito notarial bem como do registro, uma vez que se imprime no caráter das imputações, a seguir, arrazoar-se sobre o princípio da fé notória conforme citado pelo autor Rezende[16] que aduz:

> Por sua própria natureza, a *fé pública* é uma instituição jurídico-pública, tendo necessariamente, um "sinal público" autorizado pelo Estado, de maneira que o qualificativo de público compreenda a "fé", significando que o notário é uma autoridade da sociedade nesse setor, vindo a garantir a certeza e autenticidade naquilo que exara.

Pela fé notória abranger-se-á que as ações perpetradas por notários bem como registradores,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

são ações adequadas com altivez de veridicidade, e ainda os acontecimentos averiguados e descritos nessas ações. Em ensejo da persuasão desempenhada pelo tabelião a propósito de motivada circunstância jurídica ou acontecimentos, apresentamos a notoriedade das ações.

Ademais cumpre ressaltar, os termos dos artigos 374, inciso IV e 405 do Código de Processo Civil[17], assim respectivamente:

> Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
>
> IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.
>
> Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas
>
> também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o
>
> servidor declarar que ocorreram em sua presença.

Desse caráter, averiguar-se que as obras concretizadas pelos tabeliães bem como pelos registradores são legitimamente antecipadas como ações dotadas de altivez de veridicidade. No entanto, a fé notória é incondicional no que pertence à essência das afirmações de anseios, mas atinente quando se menciona ao contento, significando aceitável arranjar altercações no domínio judicial.

1.4- As espécies de cartórios extrajudiciais

Para mais perfeito funcionamento e eficácia as serventias extrajudiciais constituíram decompostas da consequente configuração: cartórios de registro e os tabelionatos.

Logo, os cartórios de registro são subdecompostos em: registro civil das pessoas naturais, registro civil das pessoas jurídicas, registro de títulos e documentos, registro de imóveis e registro de contratos marítimos.

Logo, os tabelionatos igualmente se subdividem, mas estes só em duas condições: tabelionato de protesto bem como o tabelionato de notas. Ainda advertiremos os distribuidores que tem um atributo característico, mas é justaposto para a classificação das asseverações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, essa pesquisa é substancial, ao estreito que almejamos legítima e tão somente apresentar as imputações de cada cartório, trazendo as ações cometidas, abandonando da presente pesquisa especificidades a propósito de cada atenho.

A escoltar, considerar-se cada uma das classes transcritas nos termos da Lei 8.935/94[18] no artigo 5º:

> Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são os: I - tabeliães de notas;
>
> II - tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; III - tabeliães de protesto de títulos;
>
> IV - oficiais de registro de imóveis;
> V - oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; VI - oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; VII - oficiais de registro de distribuição.

1.4.1- Registro Civil de Pessoas Naturais

Inicialmente, nos termos da Lei 6.015/ 73[19] em seu artigo 1º disciplina:

> Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.
>
> § 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes: I - o registro civil de pessoas naturais;
>
> II - o registro civil de pessoas jurídicas; III - o registro de títulos e documentos; IV - o registro de imóveis.

Bem como pode notar, a intenção das serventias são por sua vez as mesmas: abonar autenticidade, eficácia, segurança, publicidade bem como o perpetuamento das ações. No entanto, as especialidades se abonam nas distintas imputações dos cartórios, os componentes que caracterizam cada um. Abancamos por sua vez, o registro civil de pessoas naturais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Perpetrando uma explanação literal do cabeçalho abonado a esse cartório, finaliza-se que se procura registrar as ações atinentes à biografia civilizada das pessoas, afinidades citadinas, a situação civil de todo sujeito.

Dessa maneira, passa-se a mencionar as ações realizadas: os registros do ato de nascer, matrimônios, falecimentos, emancipações, interdições, sentenças declaratórias de ausência, alternativas de nacionalidade, sentenças que por sua vez deferirem a legitimação adotiva.

Logo, nos registros mencionados são perpetrados averbamentos de sentenças que comoverem a frivolidade ou anulação do matrimônio, a separação, o divórcio e o restabelecimento da coletividade matrimonial, ações judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos, adoção e as ações que a dissolverem, bem como as de alterações ou abreviações de nomes.

Desse modo, destaca-se a gratuidade das ações dos registros do ato de nascer, falecimento, bem como do matrimônio. Para amparar a gratuidade em determinadas ações, há o fundo de Registro Civil que por sua vez é regulamentado e acondicionado pelos atinentes estados.

Enfim, a regulação característica das ações é disciplinada nos termos da Lei de número 6.015/73[20] do artigo 29 até o artigo 113.

1.4.2- O Registro Civil de Pessoas Jurídicas

O Registro Civil das Pessoas Jurídicas é inscrito os acordos, ações características, e os estatutos ou concordatas das coletividades civilizadas, presentemente chamadas por sua vez de sociedades simples. Igualmente os registros dos institutos das coletividades científicas, literárias, morais ou as religiosas, os estatutos das fundações, das associações de conveniência notória bem como os dos partidos políticos.

Admirável lembrar que as coletividades comerciais têm os seus registros realizados nas Juntas Comerciais. Abstruso é distinguir tais sociedades, mas fundamentando no discernimento da complexidade das servidões apresentadas a caracterização se contorna mais fácil compreendida. Exemplificação: os hospitais são registrados por sua vez nas Juntas Comerciais, já as clínicas médicas são por sua vez registradas nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, quando o prestamento de serviço constituir inferior complexidade, distinguida pela pessoalidade do respectivo profissional, os registros são cometidos nos cartórios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ademais, cumpre ressaltar que os registros das agências de notícias, empresas de radiodifusão, periódicos, oficinas impressoras e jornais também são registradas nesses cartórios.

Enfim, sua regulamentação encontrar-se prevista nos precisos termos dos artigos 114 até 126, da mesma Lei de número 6.015[21]/ 73.

1.4.3- O Registro de Títulos e Documentos

Inicialmente, no Registro de Títulos e Documentos constituirá arranjada a transcrição: dos utensílios privados, para a prova por sua vez dos comprometimentos acertais de alguma importância; do penhor banal a propósito da coisa móvel; da abonação de títulos de autoestima pessoal e do débito notório Municipal, Estadual e Federal, ou de Bolsa ao portador; do acordo de penhor por sua vez de animais; do acordo de parceria agrária bem como de pecuária; do mandamento judicial de renovação do acordo de arrendamento para sua validade, quer dentre as partes contratadoras, quer em relação a terceiros.

Dessa maneira, pode ser arteiro o registro alguns documentos, para sua permanência, corroborar autoria e abonar autenticidade, o que acontece abundantemente com o registro de escritas musicais bem como de obras literárias.

Aproveitar-se articular que o Registro de Títulos e Documentos apresenta atitude sucursal, pois a concretização de alguns registros não adjudicados expressamente a diferente ofício compete a este.

Destacam-se igualmente os documentos que por sua vez são sujeitos ao registro para surtirem decorrências em afinidade a terceiros: os acordos de aluguel de edificações; os documentos que decorrem de depósitos, ou de abonações arranjados em garantia de execução de comprometimentos contratuais, até mesmo que em apartado dos atinentes instrumentos; a carta de fiança, que em unânime, são perpetradas por ferramenta privada, constitua qual significar o caráter do acordo por elas afiançado; os acordos de aluguel de serviços não adjudicados a diferentes alfândegas; os acordos de aquisição e venda em prestamentos, com resguarda de autoridade ou não, algum que constitua a configuração de que se inspecionam, os de alienação ou de compromissos de entreposto alusivas a propriedades móveis e os de afastamento fiduciária; juntos os documentos de estirpe estrangeira, comboiados das atinentes traduções, para causam decorrências em alfândegas dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal, da União e dos Territórios ou em alguma instância, assim sendo, tribunal ou juízo; as quitações, bem como os recibos e acordos de aquisição e tenda de veículos automóveis, bem como o penhor destes, algum que constitua a configuração que inspecionam; os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atos administrativos despachados para execução de disposições judiciais, por sua vez sem trânsito em julgado, pelas quais for motivada a adjudica, pelas repartições e alimentações de aplique, de domínios e coisas consequentes do exterior, e os instrumentos de aprovação de direitos bem como de créditos, de sub-rogação e por sua vez de dação em pagamento.

Logo, é nessa conveniência que igualmente são alcançados os avisos extrajudiciais, comumente adjudicadas a recobramento de crédito, bem como para a composição da mora ocasionada do devedor e execução de diferentes obrigações.

Enfim, sua regulamentação é prevenida nos termos dos artigos 127 ao artigo 166, também da Lei de número 6.015[22]/73.

1.4.4- Registro de Imóveis

Inicialmente, o registro é o responsável pela comprovação por sua vez da procedência de imóveis e tudo o que constituir checado ao bem imóvel, a acatamento dos direitos autênticos. São inúmeras imputações, não irá alegar-se todas.

Logo, compete a conveniência os registros: da criação por sua vez de bem de família; das empenhoras convencionais, legais e judiciais; dos acordos de aluguel de prédios, nos quais apresente constituído consignado ajuste de validade no acontecimento de alienação do bem locado; da abonação de instrumentos e de aparelhos aproveitados na indústria, abrigados e em funcionamento, com os concernentes competes ou sem os supra; das penhoras, arrestos bem como os sequestros de bens imóveis; das servidões em comum; do usufruto e do caráter a propósito de imóveis e da habitação, quando não procederem do direito de família; das rendas compostas a propósito de imóveis ou a eles ligadas por acondicionamento de derradeiro anseio; do aforamento; da anticrese; dos acordos pré-nupciais; das cédulas por sua vez de crédito rural bem como industrial; dos acordos de penhor rural; dos empréstimos por comprometimentos ao carregador ou debêntures, até mesmo as conversíveis por sua vez em ações; dos agrupamentos, das instituições e acordos de condomínio; dos loteamentos urbanos bem como os rurais; da arrematação bem como da adjudicação em hasta pública; do atrativo; da aquisição e venda pura bem como da condicional; da barganha; da dação por sua vez em pagamento; da transferência, de bem imóvel a coletividade, quando agregar quota igualitária; da doação dentre os seres vivos; da alienação fiduciária em abonação por sua vez de coisa imóvel; da compleição do direito de superfície de bem imóvel urbano; do acordo de comunicação de direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

real de uso de bem imóvel público; da legitimação de detenção; da conversão da legitimação de detenção em propriedade, dentre outros.

Não abandonado os registros, mas igualmente os averbamentos: dos acordos pré-nupciais e do regime de domínios múltiplos do legal, nos registros alusivos a bens imóveis ou a direitos autênticos pertencentes a algum dos consortes, até mesmo os contraídos em seguida ao matrimônio; por cancelamento, da amortização por sua vez ocorrida dos ônus bem como de direitos reais; da modificação de alcunha e de numeração da demolição, do desmembramento, da edificação, dos prédios, da reconstrução e do loteamento de bens imóveis; da alteração da alcunha por matrimônio ou por separação bem como pelo divórcio, ou, também, de diferentes conjunturas que, de algum caráter, apresentem alcance no registro ou ate mesmo nas pessoas nele veladas; das cédulas hipotecárias; da abonação bem como da cessão fiduciária de direitos atinentes a bens imóveis; das sentenças por sua vez de separação de atrativo; do restabelecimento da coletividade matrimonial; das cláusulas por sua vez de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade atribuídas a bens imóveis, bem como da compleição de fideicomisso; das decisões, expedientes e suas respectivas decorrências, que apresentem por artefato ações ou títulos averbados ou ate mesmo registrados; do acordo de locação, para as conclusões de destreza de direito de anteposição; do Termo por sua vez de Securitização de créditos imobiliários, quando debelados a regime fiduciário; da notificação por sua vez para utilização compulsória, do parcelamento, edificação de bem imóvel urbano; da amortização da concessão de caráter característico para fins de residência; da extinção por sua vez do direito de superfície do bem imóvel urbano; da cessão de respectivo crédito imobiliário; da resguarda legal; da servidão ambiental; da evidência de bem imóvel de gleba notória nativa; do auto de definição urbanístico; da amortização da legitimação de detenção; da amortização da concessão de uso característico para conclusões de moradia; da amortização da concessão de direito autêntico de uso.

Por fim, vale alegar que a localidade da apólice de cada bem imóvel é no cartório da circunstância do bem imóvel. O Registro de Imóveis é fazer obedecer nos termos dos artigos 167 até o 288-G, da mesma Lei 6.015[23]/73.

1.4.5- O Tabelionato de Protesto de Letras e Títulos, e distribuidores.

Inicialmente, aos Tabelionatos de Protesto de Letras e Títulos cabem: protocolar de adjacente os documentos de débito, para prova do inadimplemento do comprometimento; intimar os inadimplentes dos títulos para pagá-los, acolhe-los ou devolvê-los, sob a pena de protesto; auferir a liquidação dos títulos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

protocolizados, dando o respectivo recibo; lavrar por sua vez o protesto, anotando a ação em livro adequado, em microfilme ou através de outra configuração de documentação; aprovar a petição de abdicação do protesto decretado pelo apresentante; averbar o por sua vez a canceladura do protesto bem como as respectivas adulterações cogentes para atualização dos registros realizados; despachar certidões de ações e documentos que constem de seus respectivos registros e papéis.

Logo, advém que pode existir a obrigação de mais de um tabelião de protestos em uma determinada localização, assim sendo, constituirá cogente a antecedente classificação dos títulos, assim sendo, os cartórios de classificação, que presentemente são alimentados pelos titulares das delegações dos Tabelionatos de Protesto de cada jurisdição.

Nomeadamente sua especialidade está prevista nos termos do artigo 11 da Lei 8.935[24]/94 e lei exclusiva que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos, Lei de número 9.492[25]/97.

1.4.6- Registro de Contratos Marítimos

Inicialmente, no Registro de Contratos Marítimos são aparados os acordos e utensílios atinentes a pactos de embarcações a que por sua vez as partes careçam ou almejem abonar configuração legalística de escritura notória; registrar os documentos da supramencionada natureza; reconhecer as respectivas firmas em documentos propostos a fenecimentos de direito marinho e despachar certidões bem como traslados.

Logo, pelo caráter da conveniência, são encontrados em número bem acanhado e no litoral. Assim, o respectivo Registro de Contratos Marítimos está disciplinado nos termos da Lei nº 9.492[26]/97, especificamente no artigo 10.

1.4.7- Tabelionato de Notas

Concluindo as castas, encerra-se o Tabelionato de Notas, cujas imputações são: formalizar por sua vez juridicamente a ambição das partes; interferir nas ações e interesses jurídicos no qual as partes careçam ou almejem dar configuração legalística ou autenticidade, permitindo a composição ou compondo os banjos ajustados, permanecendo os originais e despachando reproduções autênticas de seu contento; corroborar acontecimentos; lavrar procurações bem como escrituras notórias; lavrar testamentos notórios e abonar os cerrados; lavrar por sua vez atas notariais; reconhecer firmas bem como corroborar cópias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nomeadamente disciplinado nos termos do artigo 6º ao artigo 9º da Lei número 9.492[27]/97.

II O TABELIONATO DE NOTAS

2.1- Conceito e a função

Apreciaram-se no assunto antecedente as ações perpetradas no tabelionato de notas. Logo, neste assunto será afundada uma escassa pesquisa dessa conveniência. Ponderar-se-ão os atributos, colocações, apreciação, e arrazoar-se-á, além disso, a propósito das fundamentais ações praticadas. Apesar disso, não afadigamos a pesquisa do tabelionato de notas em tão escassas linhas, porquanto se controverte de uma ocupação assaz acentuada, com suas características de compêndio acuidade e profunda complicação.

O fidalgo do tabelionato de notas também chamado por sua vez de notário ou tabelião. Designadamente nos termos do artigo 6º da Lei número 9.492[28]/97, é disciplinada a agilidade notarial. Uma apreciação muito ingênua é a de que os notários são por sua vez aqueles indivíduos que desempenham uma colocação evidente com o desígnio de formalizar juridicamente as ambições das partes. Logo, para tanto, carecem interferir nas ações que as partes almejam formalizar, intervêm para abonarem a autenticidade bem como a segurança legal. Instrumentalizam as ações de combinação com a regra, tornando-os notórios e eternais.

Dessa maneira, a agilidade notarial é de extraordinária importância para a justiça, desempenha um modo de justiça preventivo, reparador bem como de regulador. Preventiva porquanto é desempenho do tabelião abonar a abonação jurídica, atalhar as clandestinidades das ações. Dissertar-se-á melhor a propósito da função preventiva no assunto consequente quando se analisará a ata notarial como anticoncepção por sua vez de lides.

Logo, o notário ainda desempenha uma colocação reparadora, devolvendo os direitos. Apesar disso, o tabelião colabora para a justiça cumprindo uma colocação regulatória bem como legitimadora. Desse modo, é o tabelião que institui as afinidades jurídicas, formalizando de ajuste com a legislação. Para a mais perfeita explicação cita-se os autores Vasconcelos e Cruz[29]:

> O poder legitimador exerce a aplicação do direito, aplicando determinantemente o direito, valorizando assim, perante o Estado, os interesses privados considerados concretos e absolutos, outorgando-lhes uma proteção ou recusa de proteção. Esta função tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> como característica a sua especialidade, pois as suas decisões limitam-se sempre a casos concretos. E é ainda declaratório, pois, por seu intermédio, o direito se manifesta diretamente em relação a um caso particular.

Dessa maneira, o ensinamento doutrinário também considera a colocação notarial quanto ao seu contento, dessa categorização apresentaremos a colocação constatadora, diretiva bem como modeladora. A colocação diretiva incide na celeridade de assessoramento que o tabelião desempenha, bem como os aconselhamentos, a obrigação de ensinar as partes para o aprendizado legalístico da ação, classificar e acordar os acordos a constituírem celebrizadas dentre as partes.

A colocação modeladora é a celeridade instrumental do tabelião, assim sendo, a maneira das ações, composição das revelações de ambições. Observa-se por sua vez que o tabelião não designa ou forma a ação, a ação jurídica já permanece nas ambições das partes, para de tal maneira, o notário modela arcabouço, instrumentaliza, abonando a maneira notória e de legitimidade legal ao próprio. Por colocação constatadora, abranger-se a celeridade de autenticação desempenhada pelo tabelião. Respaldado por sua vez pela fé pública, o notário tem a vantagem de, no exercício de suas ações, averiguar os acontecimentos, provocando assim a altivez de veridicidade.

2.2- Dos Atos do Tabelionato

Extrair-se-á da Lei de número 8.935/94, nos termos de seu artigo 7º, as respectivas ações que são cometidas por exclusividade dos tabeliães: logo são, lavrar-se escrituras bem como as procurações, os testamentos notórios e abonar os cerrados, o reconhecimento de firma, a autenticação de cópias bem como de atas notariais. A seguir serão apreciadas algumas considerações sobre as ações designadamente.

2.2.1- Da Autenticação

Inicialmente, autenticar incide em adotar como adequado, dar autenticidade, assegurar conforme as leis e os condicionamentos, legitimar. Compendiando, o tabelião assim como certifica uma cópia, dá a supra uma altivez de veridicidade, que adjudica com o apontamento original. Dessa maneira, para uma mais perfeita explicação, cita-se Rezende[30]:

> Constitui-se numa testificação quanto à identidade documental. Autenticação notarial é a afirmação escrita

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> por notário, referindo-se a um fato ao documento onde tenha ocorrido a sua intervenção, mesmo que seja alheio. Corresponde, a uma legalização mais ampla, inclusive servindo para todos os demais documentos, cópias, certidões, traslados e outros expedidos por reprografia, porém com interferência anterior por outro notário. Num sentido mais restrito, trata-se de cópia literal de outro documento que lhe tenha sido apresentado, portando por fé ser cópia fiel daquele. Na realidade, trata-se de um instrumento público que assinala unicamente uma declaração notarial, não necessitando de registro em livro específico, bastando, apenas, a declaração do notário de que a ele foi apresentado o documento original e que este confere integralmente com aquele.

Logo, o tabelião ao certificar as cópias reprográficas carece avaliar as informações extrínsecas do apontamento e até ainda os essenciais. Por informações extrínsecas entendem-se por lituras, informações incompletas com lugares não abarrotados, concatenas, abalizas de adulteração ou algum tipo que abrolhar confusões tudo quanto à inteireza do documento. Por diferente andamento, os subsídios intrínsecos são aqueles agregados no sistema de ideias do documento, por isso é cogente averiguar indicativos de ardil e aleive ideológico, imediatamente, carece-se advertir se o componente é jurídico, se os atuantes são capazes bem como se a maneira é prescrita ou não coibida em norma.

É basal que o apontamento ajeitado para tirar a devida cópia consista em um apontamento original. Não se aceita em conjectura determinada autenticação de cópias, muito inferiormente de cópias certificadas.

Na autenticação o tabelião despacha um atestado de que a reprodução adjudica por sua vez com o apontamento original ajeitado, essa declaração se dá comumente por um carimbo de abonação comboiado de marca ou formalidade do tabelionato com a firma do notário ou por sua vez do preposto escrevente.

Os documentos artifícios de reproduções certificadas são diferentes, apesar disso, alegarem-se os mais banais: documentos de identificação (Registro Geral, Cadastro de Pessoa Física, Carteira Nacional de Habilitação, Passaporte), declarações de nascimento, matrimônio, diplomas, ações constitutivas de pessoas jurídicas, os acordos sociais, o titulo de eleitor, as carteiras profissionais, o histórico escolar, os atestados e os laudos médicos, dentre diferentes outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2.2- O Reconhecimento de firma

Inicialmente, a adjacência assinatura tem a acepção, não somente, mas ainda de firma. Logo, por isso, decorrer de assinatura a dicção assinar, que pode ser demonstrada como: alocar firma, admitir. Arranjando uma anotação exata advertimos que a ação de autoridade de assinatura nada mais é do que o conceito, a averiguação da firma.

Assim, perante do mundo completamente globalizado que diariamente as mais diferentes combinações são afamadas, acordos, agenciamentos, afirmações, cogente se arranja abonar as firmas cerradas nestes dados, assim sendo, abonar a essas firmas autenticidade, comprobação de autoria, abarrotando que verdadeiramente causada firma retribui com o sujeito que firmou.

Permanecem distintos tipos de considerações de assinaturas; toma-se como exemplar o Estado de São Paulo que nas suas leis de ocupações considera o conceito de firma em três maneiras, são essas: reconhecimento de assinatura por afinidade, que é subdividido em assinatura com apego e assinatura sem apego; e a consideração de assinatura por autenticidade. Posteriormente serão analisados cada um deles.

Essencialmente, é cogente elucidar como é arranjada a averiguação das firmas. O tabelionato de notas carece conservar os abraçados por sua vez de cartões de assinaturas. Assim, esses cartões são dados pelo notário, neles debela as informações pessoais, os documentos de identificação, o nome, o estado civil, a nacionalidade, a profissão e o endereço. Comboiado desses subsídios apensa ao cartão uma reprodução de determinado documento de identidade do sujeito. Desse modo, para incubação do cartão de firma o individuo necessita apresentar-se no cartório, exatamente para, no comparecimento do notário ou de seus respectivos prepostos, firmar o cartão.

Dessa maneira, abrangido isso, segui-se para a coerência da metodologia, basicamente para as considerações de firmas por sua vez por autenticidade. Logo, nessa casta o individuo que firma o documento e que carece que tal firma constitua perfilhada, carece apresentar-se no cartório. Mais a frente de sua firma cartear-se à firma cerrada no cartão que permanece conservado no cartório, o individua necessita ainda firmar o livro de apresentação. Constituindo de tal modo, a qualidade ativa desta modalidade é a apresentação dela no cartório para abarrotar que aquela firma esteve cometida na compleição do notário bem como de seus prepostos. Assim, nesta modalidade, basicamente, o prestígio da firma é particular. Não existe condição exclusiva para deliberar os documentos que careçam da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

importância por autenticidade, um modelar comum são os certificados de cessões de veículos.

A diferente espécie é da consideração de assinaturas por similaridade. Dessemelhante da autenticidade, no reconhecimento de firma por similaridade é perpetrada exclusivamente a alegoria da firma do documento com a firma do cartão que é memorizado. De modo óbvio que a averiguação perpetrada é prática e não puramente comparativa, pois constituindo os tabelionatos estabelecimentos que abonam a garantia legal, suas metodologias necessitam ser dotados de uma aspereza procedimental. Certamente todos os tabelionatos apresentam apresto para essa empreitada, os escrivães e os seus prepostos se completam com cursos, são dispostos para aferirem se as firmas equivalentes consistam em do próprio individuo, atalhando igualmente enganes e falsificações. Dessa maneira, pela naturalidade da ação, o individuo fidalgo da assinatura não carece apresentar-se em cartório, basta que ela apresente cartão de firma no cartório adequado e que o supra permaneça atualizado. Assim sendo, qualquer individuo pode requerer a consideração de firma por afinidade, apesar que seja de terceiros.

Desse modo, o reconhecimento de firmas por afinidade apesar de que se subdivide em duas castas: com apego parcimonioso e sem estimação parcimoniosa. Por apego parcimonioso abrangemos que são documentos que apresenta um contento parcimonioso, retrata acordos, responsabilização por apegos de quaisquer temperamentos. Para isso, não existe imperativo de que no documento exista demonstrações monetárias, tampouco esses procedimentos decidirão se a casta é ou não parcimoniosa. Citem-se exemplares de documentos com apegos parcimoniosos: os alvarás para ascensão de estimações pecuniária; atas de estabelecimento de sociedade e capital; cartas de acedências que debelem comprovante; acordos em comum; acordos sociais e alterações que aprontem a propósito da composição e repartição de basal; procurações, com domínios para auferir estimas, conduzir bens, auferir e abonar quitação, concretização de ajustes financeiros, exceto aquelas com o respectivo cunho ad judicia; termos de encargo por acoimas de trânsito; termos de cessão de direito de uso de linha telefônica; termos de comprovante em comum; termo de liberação por sua vez de automóvel por estabelecimento financeiro; títulos de crédito, dentre outros diferentes.

Por derradeiro, os documentos sem apego parcimonioso são documentos puramente descritivos, declaratórios e informativos. Como exemplares apresentam: as atas declaratórias em comum; a autorização de viagem de incapazes; a autorização para ablação de documentos; a carta de aceitação sem quitação; a carta de preposição; afirmações em comum; as nota

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

s fiscais, acalentos; as plantas, os atestados médicos, os laudos; as procurações *ad judicia*, o termo de adjudica de veículo sem recibo; os termos de inspeção etc.

2.2.3- A Procuração

Inicialmente, a procuração por sua vez nada mais é do que um instrumento do acordo de delegação. Logo, nos termos do artigo 653 do Código Civil[31] determina que o encargo é um acordo pelo qual um individuo aufere de outrem capacidades para perpetrar ações, com evidência para a exercício dessas ações que são arranjadas no adequado título de quem adjudicou as faculdades. Cita-se a seguir os ensinamentos do autor Gonçalves[32]:

> Em regra, todos os atos podem ser realizados por meio de procurador. Constitui requisito inafastável que o ato ou negócio colimado seja lícito e conforme os bons costumes e à mora. O objeto do mandato não se limita, porém, aos atos patrimoniais. A adoção e o reconhecimento do filho natural, por exemplo, pode ser efetuados por meio de mandato. Até mesmo casamento, que é um dos atos mais solenes do Código Civil e de reconhecida importância para a vida das pessoas, pode ser celebrado "*mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais*" (CC, art. 1.542). Alguns poucos, todavia, como o testamento, a prestação de concurso público, o serviço militar, mandato eletivo, o exercício do poder familiar e outros, por serem personalíssimos, não podem ser praticados por representante.

Dessa maneira, para promover o entrosamento, arranjar-se-á uma categorização do mandato. Logo, o mandato é um acordo consensual, estando sujeito da aquiescência das partes para existir o liame legal, além disso, é uma afinidade de fidúcia. Ele igualmente é obrigacional, na ocasião que existindo concordância as partes admitem compulsões, capacidades são transferidos e não são capacidades, mas sim comprometimentos. Assim, como já se compreende, o mandato é realizado de dois lados, necessita existir o mandante que é o individuo quem transfere as capacidades, e o procurador, aquele que aufere as capacidades. Dessa maneira, como é um acordo antecipado na legislação, o supramencionado é considerado com acordo nominado.

Apartando a afinidade de fidúcia que é efetiva nesse acordo, lembramos que ele é um acordo personalíssimo, pois as capacidades são adiadas designadamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para um individuo. Ainda é um acordo preparativo, porquanto decorre do mandato distintos acordos, capacidades são adjudicadas com desígnio de que ações constituam cometidas. Do próprio costume que é um acordo fundamental, a essência dele é independente, é constituído excepcionalmente pela competente ordem do mandante. Enfim, o mandato pode ser dispendioso ou gratuito.

Assim, a procuração é por sua vez um dos meios pelo qual se instrumentaliza o mandato. Assim como é afamado no cartório, apresenta-se um acordo de mandato afamado instrumentalizado por uma delegação notória.

2.2.4- As Escrituras

Com confiança é a ação mais admirável a ser cometido nos tabelionatos. É de abstrusa acepção, pois são inúmeras de interesses legais que são cometidos. Quando afamada a escritura notória, a ação se contorna notório com altivez de veridicidade e alento gerenciadora. Para de tal maneira, o Código de Processo Civil[33], nos termos do seu artigo 585, inciso II, alista a escritura notória como título executivo extrajudicial.

Logo, nas escrituras notórias são formalizadas bem como instrumentalizados na configuração notória, múltiplas ações. Apesar disso, determinadas ações são antecipadamente deliberadas na legislação, constituindo obrigatoriamente que seja cometido pela configuração notória. Citam-se alguns: a) o acordo pré-nupcial, quando o regime do matrimônio não constituir da comunhão parcial de bens, ou o regime obrigatoriamente constituído pela lei nos termos do artigo 1.536, inciso VII, do Código Civil[34]; b) algum negócio legal com a disposição de não amparar sem instrumento notório nos termos do artigo 109, do Código Civil[35]; c) interesse legal que compõe, contemporiza, transforma ou renuncia direitos autênticos a propósito de imóveis de valor superior por sua vez a trinta vezes o salário mínimo nos termos do artigo 108, do Código Civil[36]; d) condescendência de direitos hereditários nos termos do artigo 1.793, do Código Civil[37]; emancipação de incapazes nos termos do artigo 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil[38].

Logo, o próprio Código Civil[39] nos termos de seu artigo 215 disciplina os pré-requisitos do documento público, de caráter aberto e prático. Percorra-se:

> Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.
>
> § 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

Objetivando máxima ação da justiça e o mais perfeito funcionamento do domínio judiciário, determinadas ações constituíram desjudicializados, assim sendo, não são mais característicos do judiciário. Logo, isso é admissível pela aptidão institucional dos tabelionatos, como já apartamos. Criações que não se apegam à constância e aconchego dos serviços notórios, da composição pública. Assim, os tabelionatos proporcionam proeminentes serviços para a coletividade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

caráter extremamente mais acelerado, inferiormente burocratizado, e claro, mantendo a eficácia das ações, abonando a eles garantia legal. Por consecutivo, como exemplar disso, tem-se a Lei de número 11.441[40] de 2007**,** que disciplinou por sua vez que as escrituras de inventários nos acontecimentos de herdeiros capazes e divisão amigável nos termos do artigo 2.015[41] do Código Civil, assim como as escrituras de separação bem como de divórcio com descendentes maiores e consensuais dentre as partes, constituam cometidas pelo tabelião, antes essas ações eram particulares do judiciário. Assim, em ambos os acontecimentos, as partes são assessoradas por advogados. Além de cooperar para o domínio judiciário, atenuando a ampla abundância de processos, a própria sociedade por sua vez foi privilegiada pelo método dessas ocupações. Dessa maneira, para consequência comparativa, esclarece-se um modelar: um inventário arrastaria por meses e na grande multiplicidade em anos para ser processado no poder judiciário. Assim sendo, se celebrizado em cartório, poderá ser concretizada a divisão em somente alguns dias.

Desse modo, relacionado ao componente da contemporânea pesquisa, a ata notarial é repetidamente enleada por sua vez com a escritura declaratória. Apesar disso, ponderar-se melhor as diferencias e características das respectivas ações no próximo capítulo.

2.2.5- Os Testamentos

Como é astuto que o testamento é uma ação de acondicionamento de ambição do patrimônio ainda em vida que se consolida no óbito de quem dispõe por sua vez o testador. Assim, não é cogente ampliar o argumento, para tanto satisfaz mencionar o Código Civil[42], exatamente nos termos do artigo 1.864 e seguintes que por sua vez disciplinam o testamento público:

> Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:
>
> I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;
>
> II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;
>
> III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.
>
> Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.
>
> Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.
>
> Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Dessa maneira, compreende-se que é uma ação extremamente cerimonial detalhadamente abordado pela adequada regra. Com obviedade necessita se ressaltar por sua vez toda a regulamentação do direito sucessório. Apesar disso, aparta-se o acontecimento de ser um documento notório cometido nos tabelionatos de notas.

Ademais, vale articular igualmente que os tabelionatos carecem abonar o convocado testamento cerrado, conforme previsão nos termos do artigo 1.868 do Código Civil[43]. Desse modo, o testamento cerrado por sua vez é aquele que é escrito pelo próprio testador ou até mesmo por outro individuo a pedido do testador, advertidos todas as metodologias assaz aperfeiçoais.

Por derradeiro cumpre frisar que o testamento é uma ação insuficiente, arduamente tal ação é cometida pelos civis. Assim, de acontecimento, a coletividade nacional, decorrente de sua cultura, por sua vez não se atenta com a prática de ações antecedentes que apontam um melhor adiantamento das relações privadas, abrange-se que artifícios preventivos são aproveitados em um número baixo. Apesar disso, os testamentos em comum, são infrequentes, quanto mais, por sua vez a modalidade prevista de testamento cerrado.

2.2.6- Ata Notarial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Enfim, aborda-se a pesquisa propriamente dita da Ata Notarial. Logo, para isso, consagra-se o próximo assunto excepcionalmente para apreciação desta ação de tamanha importância para o funcionamento do poder judiciário bem como para a segurança nas afinidades particulares. Logo a seguir, terá a conceituação, desígnio e condições para a técnica da ata notarial, sua proficuidade como meio de prova e anticoncepção de litígios e, concluindo o assunto, conferições por sua vez com as escrituras declaratórias.

III DA ATA NOTARIAL

3.1- O Conceito, a finalidade e os requisitos

Inicialmente, delibera-se ata notarial como a comprovação de acontecimentos. Logo, a apreciação parece simples, mas compreende-se que uma averiguação de acontecimentos, não é puramente uma inquirição de casos, ao estreito que, não se estabelece por sua vez confusão para apurar e averiguar tais acontecimentos acontecidos. Melhor acepção extraiu dos autores Ferreira e Rodrigues[44]:

> Ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar sua existência ou o seu estado.

Dessa maneira, por consecutivo, a ata notarial aponta comprovar acontecimentos, abonar uma altivez de verdade. Por conseguinte, a ata notarial está densamente abocada por sua vez à basal atividade do tabelião. Assim, em ensejo disso existem doutrinadores que acastelam que as multiplicidades dos atos cometidos pelo tabelião são por sua vez atas notarias de modalidades, castas abalizadas, uma ocasião que a multiplicidade das ações dos tabelionatos se abrevia em comprovação de acontecimentos. E, de tal modo, cita-se o entendimento do autor Rezende[45], confirmando que os países a que se aludem por sua vez, são a Espanha, Argentina, Paraguai, Uruguai, percorramos:

> Portanto, é preciso que se compreenda que o sentido e uso das atas notariais é arraigado à própria origem da profissão. Dentro dessa gênese, o conceito de constatação de fatos é muito mais importante do que a transcrição da vontade das partes, que veio em segundo tempo. A origem histórica explica porque, principalmente nos países retrocitados, atos como, reconhecimento de firma e autenticação, encontram-se ungidos ao conceito de atas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (certificação de fatos). Isso explica, também que os reconhecimentos de firmas nesses países são sempre feitos na presença do notário, que certifica ter assistido o autor assinando determinado documento, em sua livre manifestação de vontade e capacidade, além da ciência dos efeitos daquela assinatura. Portanto, a rigor, o reconhecimento de firmas é uma ata notarial, pois é uma constatação de um fato. Assim como outros exemplos para esses notários, o que conhecemos por "auto" de lavratura de testamento cerrado, é igualmente tratado como uma ata notarial.

Dessa maneira, as atas são ações aperfeiçoais, conquanto seu contento constitua vastamente diversificado, existem determinadas condições para a necessitada instrumentalização. Assim, a legislação, designadamente no Código Civil[46], nos termos do seu artigo 215, alista determinadas condições para a escritura notória. Logo, por afinidade, consagra-se o contento para a incubação de atas notariais, contudo, é admirável sobrepor que não carece ser arranjada uma aplicação exata dos acondicionamentos alusivos à escritura, de outra maneira, ata notarial e escritura por sua vez são atos distintos.

Logo, a doutrina bem como a prática notarial elencam determinadas condições para a preparação da ata. A composição carece ser perpetrada em dialeto nacional, desse caráter, se o individuo que solicitar a ata notarial for estrangeiro, suas amostras carecem ser explanadas para o português, por tradutor oficial por sua vez cadastrado no tribunal de justiça adequado, e na carência ou incoerência do tradutor oficial, se aceita que seja um tradutor privado. Logo, o desígnio é a nitidez das amostras para que o tabelião apresente a confiança completa e abarque sem dúbios os fatos.

Assim, a ata notarial carece ser requerida bem como solicitada. Como já decorremos o tabelião não atua de ofício. Não existe imperativo por sua vez de que a solicitação constitua arranjada convencionalmente por meio de solicitação escrita, pois pode existir um requerimento tácito, verbal. Realizado o requerimento por escrito, escusa a firma do interessado no extremo do ato, assim, por diferente andamento, se não existir formalizado o agenciamento por escrito, satisfaz que o impetrante assine ao derradeiro do ato consentindo-o. Perante disso, uma advertência carece ser arranjada quanto à aptidão do impetrante. Logicamente, pelo regulamento, a parte zelada que promover o método da ata notarial necessita ser capaz. Logo, em compensação, arquitete-se por sua vez um idoso com suas aptidões intelectuais afetadas, suporta firmemente importunos, acendimentos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

incitações pelos seus herdeiros. Conquanto, não apresente completa aptidão, almeje comprovar os episódios pelo elemento da ata notarial. Neste acontecimento, o tabelião carecerá atuar. De atitude que é colocação característica do notário averiguar os acontecimentos, averiguar a verdade dos fatos e agenciar a justiça, não necessitará desdenhar a parte, e sim prezar por sua vez pelo interesse notório na defesa da coletividade. Adverti-se apesar a probabilidade de existir múltiplos impetrantes, apesar de que os veles radiantes, com obviedade o notário carecerá atuar de configuração indiferente na averiguação dos acontecimentos e neste fato, poderá por sua vez elaborar mais de uma ata.

No contento da ata o tabelião carece classificar as partes, apontar o momento e o lugar do acontecimento e da ata. Ocasião da preparação da ata, bem como do episódio, do próprio caráter, constituirá transcrito o lugar do acontecimento e o local da conveniência, da incubação da ata. Os acontecimentos podem acontecer por sua vez em um dia e ata ser perpetrada em período futuro, não existe qualquer oposição. Quanto ao lugar, nada antepara que a ata por sua vez constitua arranjada fora da conveniência, advertindo os abordes da jurisdição, mas frequentemente os tabeliães cometem os atos dentro do próprio cartório. Designadamente no acontecimento da ata notarial, o notário se vai até a localidade do acontecimento, apura os casos, regressa ao cartório e por sua vez instrumentaliza a ata notarial, até mesmo porquanto já apronta de todo arcabouço físico e metodológico para concretização da ação.

Desse modo, o notário carece brotar com a narração aberta e objetiva dos acontecimentos, de atitude indiferente, catando a confiança cabal dos eventos, não improvisando circunspeção de apego, pois competirá a um terceiro que constitua feito determinado circunspeção de apego. Possivelmente um juiz apontando que o desígnio da ata notarial é compor prova.

Assim, carece-se apontar também o alicerce legalístico da ata notarial, que são prescritos nos termos do artigo 6º e artigo 7º, inciso III da Lei 8.935/94[47], bem como nos termos do artigo 364 do Código de Processo Civil[48].

Concluindo, o tabelião carece alcançar a leitura apontando dar conhecimento às partes do ato lavrado, não chegando a leitura, carece incluir-se na composição da ata a afirmação de que constituiu arranjada a leitura ao mesmo tempo da firma das partes. Por derradeiro, ao final da ação as partes impetrantes firmam junto com o tabelião, advertindo que se existir um agenciamento por escrito, escusa a firma da parte. Assim, caso a parte se abandone firmar, o tabelião aferirá o acontecimento, e em ensejo do interesse público o supra formalizará a ata notarial mesmo sem a firma, logo, de tal maneira, aludirá na ata que o impetrante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se abandonou a firmar e determinar o ensejo de mesmo de tal modo ter perpetrado a ação. Dessa maneira, firmando esse entendimento os autores Ferreira e Rodrigues[49] ressaltam que:

> O interesse imediato tutelado pelo notário é do solicitante mas, em decorrência do múnus público, sopesando o interesse social (significando o interesse de outro indivíduo ou coletivo), a seu critério, o tabelião poderá decidir pela relevância de finalizar o instrumento.

As atas possuem características especiais, por não terem temas específicos, os conteúdos são diversificados, contudo o tabelião deve ter determinados cuidados para proporcionar um competente serviço com a respectiva segurança jurídica. Assim, por isso, o notário carece atuar acatando privacidade bem como a intimidade da parte velada e até ainda de terceiros na comprovação dos acontecimentos, não podendo introduzir-se em ambientes não permitidos se constituírem ambientes coibidos. Assim, o tabelião carece sempre se acomodar-se para terceiros, pois ele desempenha colocação notória em alcunha própria. Necessita igualmente reverenciar a regra, a ética moral e os adequados costumes, e se o tabelião presenciar ações ilícitas dos impetrantes ou de terceiros, é comprometimento dele incluir-se na ata notarial.

Observa-se que o tabelião não é conhecedor para apurar os acontecimentos, constituam qualquer um deles, de tal maneira a parte velada poderá acordar *experts*, especialistas, peritos em apurado achaque para comboiar o tabelião, mas se o notário constituir sondado, ou aferir que é cogente, apresentará assessoramento notarial.

Dessa maneira, um assunto admirável é quanto à probabilidade de anulação da ata notarial. Logo, reflete-se se há possibilidade que uma ata notarial signifique revogada? De maneira especial o contragolpe é negativo, é nítido que qualquer ação do tabelião não poderá ser anulada pelo adequado tabelião. Assim, o termo adequado constituiria uma invalidação da ação, e isso somente é aceitável por ato processual judicial. Logo, não pode a parte facilmente almejar abolir a ata notarial, como foi feito uma comprovação de acontecimentos, uma ocasião acabados, não se pode decompor. Neste acontecimento, constituirá improvisada uma secundária ata notarial de combinação com o desígnio da parte impetrante.

Apesar disso, perante de desacertos abrasivos, o tabelião poderá cometer uma rerratificação, apontando ajustar o ambíguo. De tal acontecimento, somente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é lícito se o desacerto for simplesmente abreviado e carecerá as partes impetrantes estar informadas da rerratificação.

3.2- Espécies e classificação

Iniciando com os ensinamentos dos autores Ferreira e Rodrigues[50], pode-se
decompor em seis castas, são elas: "atas de notoriedade, atas de presença e d eclaração, atas de constatação em diligência externa, atas de notificação, atas de autenticidade eletrônica e atas de subsanação".

> As atas de notoriedade são as alcançadas para averiguar acontecimentos claros, de ampla publicidade, já público de todos, ações que sua realidade não é interrogada. Frequentemente é aproveitada nos acontecimentos de seguro para comprovar os herdeiros bem como os legatários, e requisitada ainda assuntos previdenciários apontando a aprovação de que determinado individuo está vivo, normalmente cognominada por sua vez como ata de vida.

As atas por sua vez de presença bem como de declaração são aquelas em que o impetrante evidente afirma ao tabelião o acontecimento dos episódios. Logo, a afirmação poderá ser de terceiros, não exclusivamente do impetrante, prontamente, por depoimentos de testemunhos. O tabelião se empenha em reproduzir a afirmação ou sendo o caso, os testemunhos.

Atas de comprovação em diligência exterior carece consecutivamente ressaltar o alcance territorial do tabelião, pois carecerá ele se desarticular até o lugar do acontecimento, para pessoalmente averiguar os episódios e reportar honestamente o acrescido.

Atas de aviso não podem ser atarracada com o apontamento aviso extrajudicial, não é de alçada dos notários, mas sim dos registradores. Logo, a altercação é que no domínio de registro, apresenta o acontecimento *erga omnes*, assim sendo, oponível versus todos. Assim, a ata de aviso ajuramenta o tabelião a apresentar diferentes serviços, não exclusivamente a lavratura por sua vez da ata, mas com obviedade a notificação a quem se propõe.

Atas de autenticidade eletrônica são largamente empregadas necessitado a ampla informatização dos procedimentos em geral bem como o desenvolvimento dos contatos por sua vez virtuais. Logo, uma coletividade atualizada que fixamente se relaciona por ambientes eletrônicos. Assim, essa casta de ata propende à comprovação de um acontecimento em ambiente virtual. Desse modo, um modelo bem alusivo são por sua vez as redes sociais. Logo, é comum acontecimentos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

delitos contra a honra cometidos eletronicamente, os indivíduos por sua vez afrontam uns aos outros nas redes sociais, virando notórias suas apreciações. Dessa maneira, basta que o tabelião acesse a página, o ambiente virtual e averiguar o acontecimento, podendo também arraigar-se o *link* no contento da ata, ou ainda mesmo capturar por sua vez a representação da imagem da tela.

Derradeira casta de ata notarial é a denominada ata de subsanação, empregada apenas para a correção de falhas evidentes ou por sua vez evidenciáveis. O erro carece ser abreviado, não transformando o componente da ação perpetrada. Assim sendo, a ata de subsanação é por sua vez a correção de ações cometidas pelo tabelião.

Dessa maneira, consideradas as castas, perpetra-se uma aprovação das atas notarias tudo quanto ao atuar do tabelião, ao elemento, à configuração e ao meio. Logo, para de tal maneira aproveitam-se os ensinamentos dos autores Ferreira e Rodrigues[51].

Começando pelo atuar do tabelião, subdividi-se respectivamente em duas maneiras: ação apática do tabelião e ação aciona. Logo, a primária aborda o tabelião a atuar de ajuste com a exigência da parte impetrante. Assim, o tabelião exclusivamente admira os acontecimentos, perpetra uma inteligência dos fatos formando a confiança completa. Contudo, existem acontecimentos em que o tabelião atua ativamente, averigua subjetivamente os acontecimentos, interpreta-os afiançando a legitimidade.

Relativamente ao elemento, resumi-se por sua vez que o tabelião averiguará acontecimentos, fatos esses que podem ser arquitetados em documentos, ou identificando indivíduos, presenciando ações humanas, e asseverando a essência de coisas materiais.

Sobressai-se a disposição tudo quanto à maneira da ata notarial, podendo ser cerimoniais bem como extraprotocolares. Assim, a maneira cerimonial é aquela instrumentalizada por sua vez nas notas dos tabelionatos, assim sendo, compostas nos alfarrábios adequados que o tabelião carece conservar e ressaltar todos os pré-requisitos de garantia material: folhas numeradas, firmadas bem como os impressos de segurança oficial. Diversamente, a maneira extraprotocolar não estabelece tanta solenidade, não é instrumentalizada em alfarrábio adequado, é uma ação independente. Por isso, não é aceitável dar declarações. Presentemente essa técnica pode ser identificada por sua vez como materialização ou até mesmo a desmaterialização de documentos, por exemplar: um privado acessa uma folha eletrônica averiguando determinados subsídios e imprimindo-as, se conduz ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tabelião e por sua vez requisita que este as admita, abonando autenticidade a supras. Assim sendo, o tabelião acessando o ambiente virtual igualmente averigua os dados informativos e imprimi no adequado verso do documento proporcionado pelo privado abarrotando que tais elementos são fidedignos, restabelecendo o documento ao suplicante e não conservando coisa nenhuma nas respectivas notas do tabelionato.

Terminando a categorização considerando o meio em que, por sua vez as atas podem ser versadas. Dessa maneira, a ata poderá ser formada eletronicamente, em papel, ou ainda de maneira hibrida. Alcança-se que de acordo com a tradição são instrumentalizadas em papel, apesar disso, poderá ser perpetrada igualmente por meio virtual. Para de tal maneira, carecerá o tabelião guardar virtualmente e firmar digitalmente, para que produza a ela legitimidade jurídica, imediatamente, carecerá o tabelião concretizar a firma digital de ajuste com as regras de Infra estrutura de Chaves Públicas. Apesar disso, poderá também a ata notarial apresentar a maneira hibrida, assim sendo, encurtar seu teor escrito em papel e conservar virtualmente arquivos digitais, como as fotografias, as planilhas, os *links*, dentre outros.

3.3- Breves diferenças entre ata notarial e escritura pública declaratória

Abordara-se primeiramente da escritura de maneira comum, acepção aberta, não designadamente a escritura notória declaratória.

Logo, a altercação efetiva permanece nos componentes das ações. Na ata notarial, o componente são os acontecimentos, já por sua vez na escritura o componente são ações e interesses jurídicos. Contudo, a escritura compõe os direitos bem como os deveres de combinação com a ambição e amostra das partes, ao estreito que a ata exclusivamente oferece autenticidade aos acontecimentos. Constituindo a escritura um interesse legal, ela constitui uma afinidade legal dentre as partes contratadoras.

Logo, na ausência de firma das partes na escritura, o tabelião não poderá por sua vez cometer a ação, porquanto não existirá aquiescência dentre as partes impossibilitando que o interesse legal constitua adequado. Sobremaneira, na ata notarial, em ensejo do empenho notório, o notário poderá aperfeiçoar a ação na carência de firma do impetrante.

Dessa maneira, na ata notarial, o tabelião por sua vez não necessita arranjar nenhuma circunspeção de importância a propósito dos fatos, constituindo do mesmo modo, ainda que perante de um acontecimento ilícito, a obrigação do notário é delinear os casos. Todavia, na escritura, o tabelião carecerá improvisar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

domínio de legitimidade da ação, dessa maneira, não pode apresentar elemento ilícito no interesse jurídico.

Ademais, cumpre ressaltar que, na ata notarial exclusivamente em nome do princípio do interesse público, é aceitável por sua vez que o tabelião lavre-a mesmo que a parte impetrante constitua incapaz. Logo, ao contesto disso, na escritura notória, que objetiva instrumentalizar o interesse legal, obrigatoriamente as partes necessitam ser capazes.

Explicitando também ao mesmo tempo o assunto, adverti-se a escritura pública declaratória. É importante mencionar os ensinamentos dos autores Ferreira e Rodrigues[52]:

> Quando duas pessoas comparecem a um tabelião e fazem uma declaração de algum fato, como o fato de que vivem juntas, na verdade, não está havendo uma manifestação de vontade, mas apenas um fato declarado pelas partes.
>
> O tabelião ouve a pessoa, mas não qualifica juridicamente a declaração. Apenas a transcreve no documento notarial. Neste caso, o instrumento adequado é a ata notarial.

Abranger-se que na escritura declaratória, por sua vez as partes despontam não exclusivamente em afinidade a um acontecimento, mas sim em ensejo de uma afinidade legal, afirmando ações e interesses jurídicos.

3.4- Breve síntese da Ata Notarial como meio de prova

Abrange-se como avaliação a manifestação da veridicidade dos acontecimentos, a probabilidade, a confiança beirada. As provas se compõem por múltiplos elementos, determinados decididos em regra, as chamadas avaliações típicas, que por sua vez são as provas documentais, as testemunhais e as periciais. Igualmente podem ser atípicas, assim sendo, não antecipadas no ordenamento legal, abrigando qualquer modalidade de amostra desde que, por sua vez não constituam ilícitas, como faz obedecer nos termos do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal[53]. Apesar disso, para essa pesquisa, adota-se espontaneamente para apreciação da avaliação documental, notadamente os documentos notórios antecipados como avaliação nos termos do artigo 364 do Código de Processo Civil[54].

Dessa maneira, cita-se os ensinamentos do autor Montenegro Filho[55]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A força probante que emana o documento público é meramente relativa, devendo ser registrado que os fatos provados pelo documento não se referem ao fato nele representado, pelo menos não na sua inteireza. Quando o tabelião afirma, em documento público, que as partes e as testemunhas compareceram na sua presença e celebraram a compra e venda de um bem imóvel, a afirmação limita-se ao comparecimento, mas não à existência e às características do negócio.

Dessa maneira, a ata notarial por sua vez é um documento notório que objetiva a comprovação de acontecimento. Imediatamente, seu caráter é compor prova.

Com obviedade o emprego da ata notarial como meio de avaliação harmoniza máxima economicidade às partes, tornando as exiges legalísticas mais aceleradas e competentes. Logo, a crítica que por sua vez se perpetra é do desconhecimento dos operantes do direito em comum.

Dessa maneira, em pretexto do desconhecimento, é acesa uma dúvida para o aprendizado da ata notarial. Dúvida dos notários, do adequado estabelecimento da ata, suspeita e temor de como o juiz irá auferir e analisar a ata notarial como meio de avaliação.

Assim sendo, ainda existe anteposição para as ações excepcionalmente judiciais, cometidas sob a égide por sua vez da figura do juiz, improvisando com que a máquina judiciária se contorne cada ocasião mais sobrecarregadas, agenciando a demora e até ainda a incerteza pelo abuso de deprecas. Atentando uma gestão de requisição de resultados quantitativos dos juízes bem como dos servidores notórios, atrapalhando em cada ocasião mais o aproveitamento da justiça.

3.5- Breve síntese da Ata Notarial como prevenção de litígios

A celeridade notarial tem atributos cautelares, colocação preventiva, com desígnio de impedir litígios, perpetrar ações certamente legais. Logo, a celeridade notarial colabora extensivamente por sua vez com a justiça, auxiliando-a, impedindo que determinadas deprecas constituam alvitradas, fazendo um domínio antecedente para que não exista qualquer casta de desvirtuo que danifique a legitimidade da ação.

Dessa maneira, seguindo os ensinamentos do autor Camassetto[56]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O notário é responsável pela prestação de direção jurídica dos particulares na esfera da espontânea realização do direito. Tem a tarefa de captar a vontade das partes e, funcionando como consultor jurídico de seus clientes, assessora- lhes na busca da solução mais adequada àquela situação que lhe foi imposta. Exerce sua atividade com bastante cautela, presteza e imparcialidade, com o objetivo de dotar os seus atos de certeza jurídica.

> Assim sendo, o notário, pela forma como desempenha sua atividade, previne litígios, já que os atos emanados de seu serviço gozam de segurança jurídica gerando a harmonia social.

> Por isso, a função notarial, de forma indireta, coopera com a justiça de nosso país, na medida em que os atos que são praticados por estes operador do direito estão menos sujeitos a vícios, prescindindo da tutela jurisdicional para efetivação dos direitos.

Assim, averiguar acontecimentos é o elemento da ata notarial, logo, interroga-se de que maneira essa inquirição de casos colabora para a anticoncepção de litígios?

Observa-se que os acontecimentos documentados antes, impedem que contingentes assuntos constituam controvertidos no judiciário, ao estreito que já se apresenta uma confiança do acontecido, não carecendo que seja impelido ao judiciário para que o juiz apresente ciência e instituindo a persuasão para sentenciar. Exige se os acontecimentos já estiveram averiguados, não carece do judiciário para comover o litígio, de outra maneira, o litígio sequer poderá ser constituído.

Todavia, o empenho maior carece ser da adequada coletividade, acirrado pelos operantes do direito, colocando afinidades justas, conversando em meio a si, sem o imperativo de intercessão de atuações para acender o domínio judiciário. As afinidades privadas carecem ser fortalecidas, contribuindo por sua vez com a justiça, e abandonando a responsabilidade do judiciário exclusivamente para deprecas de máximas complicações.

Seguindo esse raciocínio passa-se aos ensinamentos do autor Camassetto[57]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Dessa forma, postula-se por uma abordagem mais moderna do direito rompendo-se com velhos paradigmas que o observam ligado apenas a prescrições normativas, bem como o realizado exclusivamente pelo Poder Judiciário. Opta-se por uma visão de justiça mais atual efetiva realizada pelas diversas organizações pertencentes ao sistema jurídico, em especial a atividade notarial, vislumbrando-a como função fundamental na medida em que também auxilia o Poder Judiciário na esfera preventiva e atua de forma eficaz em situações não conflitivas.

Perpetradas catafalcos acentuadas exposições, tem-se que a ata notarial, é de suma relevância sua divulgação como instituto, haja visto que pode amenizar litígios judiciais, bem como ser um meio favorável como utilização de provas em acontecimentos palpáveis. Logo, compete ao operador de direito que é o atuante aconselhado para assistir o impetrante na ocasião da lavratura da ata notarial e exclusivamente ele está tecnicamente a par do que se ambiciona ser comprovado, bem como apresa o conhecimento para definir o elemento da ata notarial a ser lavrada.

CONCLUSÃO

Inicialmente, segundo exposto na atualizada pesquisa, permaneceu corroborado que os serviços extrajudiciais são de extraordinária importância para a coletividade, amparando o Estado bem como aliviando o poder judiciário.

Contudo, a basilar apreciação que se perpetra é o desconhecimento da sociedade em geral e especialmente dos operantes do direito abeirar-se da acuidade das ferramentas jurídicas e ações perpetradas pelos tabeliães de notas.

Por sua vez, a modificação de paradigma necessita principiar nas faculdades de direito, que sequer dispõem matérias de direito notarial bem como de registros notórios. Dessa maneira, desenvolvem-se profissionais completamente despreparados no achaque, que na multiplicidade das ocasiões procuram o entrosamento acoplado às serventias extrajudiciais.

Logo, ficou evidente que são ocupações de simplificada ascensão da coletividade, porquanto são ocupações notórias apresentadas por indivíduos devidamente preparados e elegidos.

Averiguo-se que os serviços extrajudiciais são estabelecimentos controlados, com uma direção competente que afiança a garantia legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Explicitou-se uma ação, a ata notarial, na qual a conveniência é também muito apoucada nas deprecas judiciais, checada aos acrescentamentos harmonizados aos preocupados no deslinde do assunto.

Dessa maneira, a ata notarial contribui extensivamente com o poder judiciário abrolhando avaliações para decidir os ocasionais conflitos e ainda colabora preventivamente impedindo com que determinadas deprecas constituam induzidas ao judiciário.

Logo se percebe que a ata notarial é uma ação atípica, com determinadas solenidades para abonar a segurança legal bem como a publicidade da ação notória. De diferente atitude, o componente da ata notarial é abundantemente aberto, pois o desígnio da supramencionada é averiguar acontecimentos.

Assim, não existem advertências de acontecimentos a constituírem averiguados pelo tabelião e instrumentalizados na ata notarial, reverenciando os abordes territoriais do tabelionato, assim como o contubérnio e a privacidade do indivíduo.

Adverti-se que são múltiplas as castas de ata notarial, as atas por sua vez podem ser de notoriedade, atas de comparecimento e afirmação das partes, comprovação em atividade exteriorizada, atas de aviso, autenticidade virtual e por findar ata de subsanação.

Ainda considera-se a ata notarial quão intensamente ao atuar do tabelião, ao componente característico da ata, à maneira e o ambiente de instrumentalização.

Diferenciamos a ata notarial de uma escritura pública declaratória, basicamente a diferença está no objeto dos atos. Na ata notarial o objeto é a constatação de fatos, já na escritura, o objeto é a vontade e manifestação das partes.

Corroboro com exemplares de acontecimentos palpáveis a tamanha proficuidade e acuidade e de acertada maneira a brandura do exercício da ação, abonando consecutivamente a abonação legal.

Por derradeiro, finalizou-se que, carece-se de um desenvolvimento no ensino jurídico bem como no exercício jurídico, despojando o judiciário e atalhando deprecas, admitindo o mais perfeito os serviços extrajudiciais, atalhando ao elevado as afrontas dispensáveis no poder judiciário nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ASSAN, Ozíres Eilel. *Prática do Tabelionato de Notas e de Protestos*. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2010.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007- 2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 16 de julho de 2020.

BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 19 de julho de 2020.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: set. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos

cartórios). Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

BUENO, Sérgio Luiz José. *Tabelionato de Protesto.* São Paulo: Saraiva, 2013.

CAHALI, Francisco José et al. *Escrituras Públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei de Registro Públicos 1º Volume.* 2ª ed. Bauru: Jalovi Ltda, 1981.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei de Registro Públicos 2º Volume.* 2ª ed. Bauru: Jalovi Ltda, 1981.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei de Registro Públicos 3º Volume.* 2ª ed. Bauru: Jalovi Ltda, 1981.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935, de 18-11-1994).* São Paulo: Saraiva, 1996.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CÉSAR, José Maria de Almeida; PEDROTTI, Irineu Antonio. *Serviços notariais e de registro.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1996.

COMASSETO, Míriam Saccol. *A função notarial como forma de prevenção de litígios.*

Porto Alegre: Norton, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIP, Ricardo. *Prudência Notarial.* São Paulo: Quinta, 2012

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MELO JR., Regnoberto Mrques. *Lei de registro públicos comentada.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento.* 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REVISTA DE DIREITO NOTARIAL ANO 1 – Nº 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
REVISTA DE DIREITO NOTARIAL ANO 2 – Nº 2. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
REVISTA DE DIREITO NOTARIAL ANO 3 – Nº 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
REVISTA DE DIREITO NOTARIAL ANO 4 – Nº 4. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
REVISTA DE DIREITO NOTARIAL ANO 5 – Nº 5. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial.* Campinas: Copola Livros, 1997.

SWENSSON, Walter Cruz et al. *Lei de registro públicos anotada: anotações doutrinárias; anotações legislativas; anotações jurisprudenciais; anotações das normas da CGJ.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. *Direito Notarial: Teoria e Prática.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 592/593.

[2] BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

[3] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[4] BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[5] BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[6] BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 19 de julho de 2020.

[7] BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[8] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 31.

[9] *Ibidem*.p.33.

[10] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

[11] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[12] *Ibidem*.

[13] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 40.

[14] REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial.* Campinas: Copola Livros, 1997, p.151.

[15] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

[16] REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial.* Campinas: Copola Livros, 1997, p.60.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[17] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[18] BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[19] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[20] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[21] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[22] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[23] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

[24] BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[25] BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 19 de julho de 2020.

[26] BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 19 de julho de 2020.

[27] BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 19 de julho de 2020.

[28] *Ibidem*.

[29] VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. Direito Notarial: Teoria e Prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.20.

[30] REZENDE, Afonso Celso Furtado de. Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial. Campinas: Copola Livros, 1997, pp. 138/139.

[31] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[32] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.414.

[33] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[34] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[35] *Ibidem*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[36] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[37] *Ibidem*.

[38]*Ibidem*.

[39] *Ibidem*.

[40] BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 16 de julho de 2020.

[41] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[42] *Ibidem*.

[43] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[44] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.1120.

[45] REZENDE, Afonso Celso Furtado de. Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial. Campinas: Copola Livros, 1997, p.200.

[46] 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/L10406.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[47] BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 18 de julho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[48] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[49] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.143.

[50] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.150.

[51] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.116.

[52] FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata Notarial – Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.115.

[53] BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

[54] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de julho de 2020.

[55] MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 480.

[56] COMASSETO, Míriam Saccol. A função notarial como forma de prevenção de litígios. Porto Alegre: Norton, 2002, p. 139.

[57] COMASSETO, Míriam Saccol. A função notarial como forma de prevenção de litígios. Porto Alegre: Norton, 2002, p. 142.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TRIBUTAÇÃO E CIDADANIA: UMA QUESTÃO DE EDUCAÇÃO FISCAL

JOÃO PAULO DOMINGOS DE SOUSA

RESUMO: Para o atendimento das demandas sociais, políticas e econômicas o Estado necessita de recursos financeiros para custear suas despesas públicas. A principal parcela desses recursos é captada da própria sociedade, na forma de tributos. A tributação é um fenômeno que transcende a vontade individual. Toda a sociedade tem o dever fundamental de manter financeiramente o Estado. Em contrapartida, possui o direito fundamental de ser destinatária e de controlar a aplicação dos recursos públicos. É dentro do contexto de similitude entre esforço individual na manutenção do Estado e contraprestação estatal, que emerge a expressão cidadania fiscal. Uma das expectativas do regime democrático era que produzisse cidadãos-educados. Contudo, é no âmbito da fiscalidade que se observa nitidamente o distanciamento da cidadania em relação à educação. Emerge, então, a seguinte questão: como a educação fiscal interfere na construção da cidadania? Qual a relação entre tributação e presença social do Estado? Um primeiro resultado teórico mostra que o exercício efetivo da cidadania fiscal exige que as leis tributárias sejam de fácil compreensão e que seja garantida a simetria informacional, especialmente nos impostos indiretos porque a carga tributária recai sobre o consumidor final. O resultado mais imediato dessa impossibilidade de mensuração do ônus tributário individual traduz-se no desinteresse coletivo capaz de afetar, inclusive, os mecanismos de controle social sobre a adequada aplicação dos recursos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Educação fiscal. Cidadania.

ABSTRACT: To meet social, political and economic demands, the State needs financial resources to cover its public expenses. The main portion of these funds is obtained from society itself, in the form of taxes. Taxation is a phenomenon that transcends the individual will. The whole of society has a fundamental duty to maintain the State financially. On the other hand, it has the fundamental right to be the recipient and to control the use of public resources. It is within the context of similarity between individual effort in maintaining the State and state consideration, that the term fiscal citizenship emerges. One of the expectations of the democratic regime was that it would produce educated citizens. However, it is in the scope of taxation that the distance between citizenship and education is clearly observed. The following question then arises: how does tax education interfere in building citizenship? What is the relationship between taxation and the state's social presence? A first theoretical result shows that the effective exercise of tax citizenship requires that tax laws are easy to understand and that informational symmetry is guaranteed, especially in indirect taxes because the tax burden falls on the final

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consumer. The most immediate result of this impossibility of measuring the individual tax burden translates into the collective disinterest capable of affecting, even, the mechanisms of social control over the adequate application of public resources.

KEYWORDS: Taxation. Fiscal education. Citizenship.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA. 2.1 Democracia e cidadania. 2.1.1 Os custos da cidadania. 2.1.1.1 A participação individual nas decisões coletivas. 2.1.1.2 O sacrifício individual na manutenção financeira do Estado social. 2.2 A cidadania fiscal. 2.2.1 A questão da intransparência da atividade financeira do estado. 2.2.2 A imperfeita identificação do ônus tributário. 3. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O Estado é um incidente artificial. Através dele o homem se agrupa socialmente sob a égide de um ente que se sobrepõe à autonomia individual. Com o Estado a "humanidade organizar-se politicamente" (BASTOS, 1996, p. 4), ou seja, determinado grupo social passa a ter domínio sobre os demais. Contudo, na atual fase do Estado constitucional, como afirma Bonavides (2007, p. 41), "o poder já não é mais das pessoas, mas das leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político". Aliás, a constitucionalização dos limites aos poderes social e econômico sintetiza a relevante passagem do Estado liberal para o Estado social. Esta passagem indica o reconhecimento de demandas coletivas antes desprezadas pelo processo democrático. Com a ampliação da participação política (universalização do sufrágio) e a conseqüente emergência de novas demandas, as cartas políticas tornam-se susceptíveis às mais diversas influências coletivas. Neste contexto, a constituição adquire nova feição, passando a ter por objeto "estabelecer a estrutura do estado, a organização dos órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômico do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais" (SILVA, 2006, p. 46). Nesse percurso histórico, o Estado passa a assumir cada vez mais funções, passando a prover diversos bens, serviços e equipamentos públicos à sociedade. Evidentemente que para o atendimento das demandas sociais, políticas e econômicas, o Estado necessita de recursos financeiros para custear as despesas públicas. A principal parcela desses recursos é captada da própria sociedade, na forma de tributos. São as denominadas receitas derivadas.

A tributação é um fenômeno que transcende a vontade individual. Toda a sociedade e entes privados são impelidos a contribuir com a manutenção do Estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

através do pagamento de tributos. A sociedade tem o dever fundamental de manter financeiramente o Estado, mas também possui o direito fundamental de ser destinatária dos recursos arrecadados pelo Estado e de controlar, em última instância, a aplicação dos recursos públicos dentro de uma conjuntura que melhor represente o bem-comum. É dentro do contexto de similitude entre esforço individual na manutenção do Estado e contraprestação estatal, que emerge a expressão cidadania fiscal, entendida como a capacidade de apropriação (através da via política) e do controle social dos recursos públicos. O exercício da cidadania depende de elementos externos à própria democracia, dentre eles a educação. De forma genérica, Bobbio (2000, p. 43) coloca que o fenômeno da cidadania se desenvolve concomitante ao da educação.

Esperava-se que o exercício da cidadania nos âmbitos político, civil e social produzisse cidadãos-educados. Contudo, Bobbio não deixa de expressar este fracasso: a coexistência da democracia com o cidadão não-educado ou mal educado (BOBBIO, 2000, p. 43). No âmbito da fiscalidade também se observa o distanciamento da cidadania em relação à educação. É neste contexto que emerge a seguinte questão: como a educação fiscal interfere na construção da cidadania? Qual a relação entre tributação e presença social do Estado?

2.FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Democracia e cidadania

Bobbio (2000) indica que a vida em sociedade exige regras mínimas de convivência entre indivíduos. Tais regras apresentam duas características básicas: i) são impostas pelo próprio grupo social; e ii) vinculam todos os membros do grupo. Evidentemente que decisões coletivas são tomadas por indivíduos. A questão, então, gira em torno de saber por que e quando as decisões coletivas tomadas por indivíduos tornam-se vinculatórias para todos os membros do grupo social. De início, faz-se necessário distinguir "decisões coletivas tomadas por indivíduos" de "adesão mental dos membros do grupo social", entendida como uma aceitação direta ou indireta, expressa ou tácita. Com isso, é possível identificar que só a partir da adesão mental dos membros de uma sociedade – mensurada através da regra da maioria – é que decisões coletivas tomadas por indivíduos vinculam todos os membros. Para Bobbio as regras democráticas, por um lado, representam um instrumento procedimental que garante a mensuração do nível de aceitação dos membros a uma determinada decisão tomada por indivíduos; por outro, indicam "[...] quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo [...]" (BOBBIO, 2000, p. 31). Para Bobbio (2000, p. 22) "Por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados".

A definição mínima de democracia leva em consideração o procedimento formal que incorpora uma forma de governo i) "contraposta a todas as formas de governo autocrático", ii) "caracterizada por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos" (BOBBIO, 2000, p. 30). Mas, Bobbio reconhece as diferenças entre a democracia ideal e a democracia real. A partir daí coloca em discussão o futuro da democracia. Neste sentido, Bobbio afirma que inexiste crise na democracia, mas apenas transformações: "A democracia é dinâmica. O estar em transformação é seu estado natural" (2000, p. 19). O futuro da democracia para Bobbio envolve necessariamente o confronto entre ideais democráticos e a democracia real. Desse confronto emergem as promessas não-cumpridas e os obstáculos não-previstos. Dentre as primeiras, Bobbio indica: i) o nascimento da sociedade pluralista; ii) a revanche da representação dos interesses; iii) a persistência das oligarquias; iv) o espaço limitado; v) o poder invisível; vi) o cidadão não-educado ou mal-educado. Evidentemente que o tema é bastante amplo, por isso faz-se necessário realizar um recorte de forma a direcionar nossa pesquisa ao objetivo apontado na introdução, em outras palavras, isso significa dizer que teremos que nos restringir a apenas à última promessa não-cumprida: o cidadão não-educado ou mal-educado (BOBBIO, 2000, p. 43). A educação para a cidadania deveria ter surgido concomitantemente ao exercício da prática democrática. Supostamente, as discussões políticas na esfera cotidiana teriam o condão de afetar as decisões coletivas tomadas na arena política. Mas, ao contrário do esperado, a apatia política atinge até mesmo as democracias mais consolidadas. Por isso, Bobbio (2000, p. 46) questiona se a democracia poderia realmente satisfazer as promessas não-cumpridas? Para Bobbio (2000, p.46) "[...] o projeto político democrático foi idealizado para uma sociedade muito menos complexa que a de hoje". Por isso, algumas promessas, melhor dizendo, expectativas, não foram e nem poderiam ser cumpridas pelo ideal democrático porque a realidade é uma variável externa, dada apenas pelas transformações ocorridas no seio da sociedade civil. Essas transformações compõem uma realidade material, concreta, que faz surgir obstáculos à democracia que nem mesmo poderiam ser previstos, especialmente o baixo rendimento do sistema democrático.

A emancipação da sociedade civil, resultante universalização dos direitos políticos, implica na exteriorização das demandas da sociedade anteriormente reprimidas: A quantidade e a rapidez destas demandas, no entanto, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente. Daí derivam a assim chamada "sobrecarga" e a necessidade de o sistema político fazer drásticas opções. Mas uma opção exclui a outra. E as opções

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não-satisfatórias criam descontentamento (BOBBIO, 2000, p. 48). Emerge, então, aquela situação denominada de ingovernabilidade da democracia: inesgotáveis demandas da sociedade civil que o sistema político não consegue dar respostas adequadas, resultando em sobrecargas e, em muitas situações, opções excludentes. Depara-se, então, com a defasagem entre demandas sociais e atendimento dessas demandas, que é acentuada pela "[...] lentidão que os complexos procedimentos de um sistema político democrático impõem à classe política no momento de tomar as decisões adequadas" (BOBBIO, 2000, p. 48). Subjacente a discussão sobre a ampliação da participação política emerge uma relevante questão: o exercício da cidadania desdobra-se em custos para os indivíduos. A democracia, por um lado, exige a participação individual nas decisões coletivas e na luta pelo reconhecimento de direitos sociais ainda desprezados; e, de outro, requer que cada membro da sociedade contribua, dentro de sua capacidade econômica, com a manutenção financeira do Estado. Neste contexto, os sacrifícios individuais podem ser denominados de custos da cidadania.

2.1.1 Os custos da cidadania

A delimitação da cidadania a meros direitos políticos encontra sérias dificuldades de apresentar respostas hábeis a multiplicidades de deveres e obrigações individuais. Em sentido contrário, a teoria da cidadania de Marshall expande o conceito de cidadania para abarcar, além do elemento político, os elementos civil e social. Barcellona (1995, p. 52) descreve esse conceito mais amplo: Segundo Marshall, a cidadania se compõe de três momentos: a "cidadania política", que corresponde ao reconhecimento do direito de eleger representantes nos órgãos do Estado, nas assembléias legislativas; a "cidadania civil", que coincide, mais ou menos, com a capacidade de agir, isto é, com a capacidade de estipular contratos e de vincular-se, mediante consenso próprio, a empenhos e prestações nos confrontos com outros sujeitos, e, enfim, a "cidadania social", que designa o conjunto de expectativas que cada cidadão exprime perante o Estado, para obter a garantia de segurança de vida e de trabalho, que são, de vez em quando, necessárias para dar conteúdo de dignidade e de liberdade à existência individual.

A cidadania, então, não deve ser apenas identificada de forma restrita, ou seja, a partir da atribuição do direito de votar e ser votado. Para Silveira (2002, p. 39) "ser cidadão é ser capaz de cumprir obrigações perante à sociedade da qual se faz parte, bem como exigir seus direitos". A cidadania, então, deixa de vincular-se exclusivamente à participação política, para alcançar, acima de tudo, o comportamento do indivíduo no seio da sociedade. Neste sentido, Nabais (2005, p. 119) indica que "a cidadania pode ser definida como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros ativos e passivos de um Estado – nação, são titulares ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade". De qualquer forma, a ampliação da participação política (universalização do sufrágio) e a conseqüente emergência de novas demandas civis e sociais exigem, de um lado, uma elevada participação individual nas decisões coletivas e, de outro, mais recursos públicos para a satisfação das demandas das parcelas da sociedade anteriormente excluídas dos processos políticos. Esses dois fenômenos podem ser, genericamente, denominamos de custos da cidadania, evidenciando, assim, a excessiva participação individual nas decisões coletivas, de um lado; e o sacrifício individual na manutenção financeira do Estado, por outro. É o que veremos a seguir.

2.1.1.1 A participação individual nas decisões coletivas

A democracia não apresenta um conceituo único. Pelo contrário, distingue-se em democracia antiga ou moderna; direta ou indireta; representativa ou participativa; em democracia nos espaços públicos ou nos espaços privados; democracia como mero conjunto de regras procedimentais ou como valor, dentre outras. Apesar disso, deve ser reconhecido que a multiplicidade de conceitos da democracia encontra na participação individual seu denominador comum, capaz, inclusive, de fornecer um traço de unicidade à democracia. De forma muito clara, é possível afirmar que inexiste democracia (em qualquer de seus conceitos) sem a participação individual na formação da vontade coletiva. Em muitas situações é possível até restringir a participação individual (como, por exemplo, ocorre com os menores de 16 anos ou os estrangeiros), mas não suprimi-la. Evidentemente que até mesmo a democracia pode portar restrições que alteram, apenas, o nível de participação individual (maior ou menor participação). De qualquer forma, "O objetivo principal da participação no plano conceitual é facilitar, tornar mais direto e mais cotidiano o contato entre os cidadãos e as diversas instituições do Estado e possibilitar que estas levem mais em conta os interesses e opiniões daqueles antes de tomar decisões ou de executá-las" (BORJA, 1998 apud JACOBI, 2000, p. 27). Uma discussão importante acerca do nível de participação individual é revelada a partir da distinção entre democracia representativa e democracia participativa. A democracia representativa contrapõe-se à democracia direta. A democracia moderna é preponderantemente representativa. A fim de habilitar a representação política do indivíduo são institucionalizadas regras de procedimentos destinados à mensuração da vontade coletiva (em Bobbio, regra da maioria; em Habermas, o consenso, etc.). Com isso, a democracia representativa vincula-se à democracia procedimental.

Para Bobbio (2000, p. 22) "Por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando "[...] se inclui no conceito geral de democracia a estratégia do compromisso entre as partes através do livre debate para a formação de uma maioria, a definição aqui proposta reflete melhor a realidade democrática representativa [...]" (BOBBIO, 2000, p, 22). Em contrapartida, se o procedimento democrático não tem a finalidade de formação do compromisso e os problemas são colocados de forma excludentes, então a definição coincide com a forma direta de democracia. Assim, a democracia direta "favorece o choque, e exatamente por isso é mais adequado para dirimir controvérsias sobre princípios do que para resolver conflitos de interesses" (BOBBIO, 2000, p. 22). A democracia representativa apresenta-se, então, como aquele processo que garante formalmente a participação individual isonômica nas decisões coletivas. Mas, a participação política em decisões coletivas ou na legitimação do poder (escolha de representantes) difere da participação na gestão pública, da participação pelo reconhecimento de direitos civis e sociais ou da participação destinada ao controle social dos poderes do Estado, dentre outras. Segundo Tanaka (1995 apud JACOBI, 2000, p. 12) "A participação minimalista aponta para o fato de que existe um déficit de participação e de constituição de atores relevantes, o que se pode redundar em fator de crise de governabilidade e de legitimidade".

Para Jabobi (2000, p. 12) "Ao identificarmos a participação citadina como uma forma diferenciada da democracia representativa – a que passa por partidos políticos, eleições e integração formal dos governos (Merino, 1994) –, pensamos o tema a partir de sua dimensão cotidiana e de seu impacto societal". Neste contexto, a democracia participativa evidencia o fenômeno de descentralização do poder e de democratização dos espaços públicos. Essa redefinição da relação entre cidadão e Estado é evidenciada a partir da emergência dos movimentos sociais e, consequentemente, com a criação de novas estruturas de interação com o poder público. Para Jacobi (2000, p. 19): Os movimentos não só exercem pressão sobre a arena política, como também ampliam seu espaço de inserção, conseguindo às vezes influenciar a agenda de gestões progressistas, graças a expansão do seu potencial participativo em conselhos de gestão tripartite, comissões de planejamento e outras formas específicas de representação. Apesar da redefinição da relação entre indivíduo e Estado, a democracia participativa tem enfrentado muitos obstáculos. O primeiro é a ausência de procedimentalização da participação individual na gestão da coisa pública. Enquanto a democracia representativa possui regras de procedimento para mensuração da vontade coletiva, a democracia participativa encontra-se desprovida de regras formais de participação. Em sentido contrário à participação individual, a regra ainda é a intransparência dos poderes públicos e dos atos de seus membros, sejam agentes públicos ou políticos. Apesar de ainda incipiente, aos poucos começam a surgir exemplos formalização de regras de participação, tal como ocorre com o orçamento participativo. Este festejado exemplo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de procedimentalização da democracia participativa, contudo, encontra sérias limitações, não procedimentais, mas econômicas: as restrições orçamentárias impedem que a participação individual na formação da vontade coletiva, ou seja, no direcionamento das receitas públicas, seja mais efetiva. Com os limites de gastos com a saúde e a educação previstos na Constituição, somado aos gastos com o funcionalismo público dos três Poderes e o pagamento da dívida pública, sobra muito pouco do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para decisões democráticas participativas. Além disso, o orçamento participativo não se encontra imune às desigualdades políticas. Com sérias restrições orçamentárias, o orçamento participativo não dispõe de recursos para beneficiar a todas as demandas da sociedade. Isto implica dizer que apenas determinadas demandas coletivas poderão ser atendidas, em detrimento das demais. Assim, a participação individual na gestão pública (democracia participativa) também porta a capacidade de reproduzir as diferenças políticas e, com isso, direcionar a atuação pública para privilegiar as demandas de determinadas coletividades mais organizadas politicamente.

Em qualquer situação, a ampliação dos espaços democráticos, seja através da democracia representativa ou democracia participativa, exige uma maior participação individual. A questão do custo da cidadania emerge quando a democracia passa a exigir um nível de participação capaz de resultar no esgotamento do indivíduo, envolto em uma pluralidade de decisões coletivas. Essa questão não passa despercebida por Bobbio, que reconhece que o excesso de democracia esgota o indivíduo e gera uma apatia política.

2.1.1.2 O sacrifício individual na manutenção financeira do Estado social

A ampliação da participação política (universalização do sufrágio) permitiu que parcelas vulneráveis passassem a ter seus direitos (individuais, sociais e políticos) também tutelados pelo Estado. Evidentemente que a proteção dos indivíduos que anteriormente eram excluídos pelos regimes políticos resultou na elevação dos encargos financeiros do Estado. Neste contexto, torna-se evidente a antinomia entre ampliação da democracia e Estado mínimo, sintetizado em uma mera associação de proprietários, reflexo de uma sociedade menos democrática do que aquelas que evoluíram para o sufrágio universal. Neste contexto, Bobbio (2000, p. 47) descreve que "[...] o desmantelamento do Estado de serviços [...] esconde o propósito, não digo de desmantelar, mas de reduzir a limites bem circunscritos o poder democrático".

É exatamente dessa discussão que surge uma questão relevante: a vinculação da expansão da participação política à presença social do Estado. Isso significa dizer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que a democracia apenas faz algum sentido quando garante um resultado material mínimo para todos os indivíduos. Para Nabais (2005, p. 115): O Estado na sua configuração de Estado Social não pode deixar de garantir a cada um dos membros da sua comunidade um adequado nível de realização dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, etc.

Não é o caso de atribuir à democracia uma natureza comutativa, mas apenas reconhecer que quanto maior a participação política maior serão as demandas sociais. Para Barcellona (Pág. 51): A cidadania se dilata, torna-se um ponto de referência de necessidades e exigências novas; nela se mesclam de um lado as antigas aspirações a uma democracia completa, feita de participação consciente e de decisões; e, de outro, a relevância dos que são chamados os "novos bens" expressos pelos "novos movimentos". O uso do território, a tutela do ambiente, a saúde, até a paz. Mas, a efetivação dos direitos sociais traz à tona a questão da disposição dos indivíduos em manter os ganhos sociais advindos da democracia. Isto porque, quanto maior a participação política (exercício da cidadania), maiores as demandas civis e sociais e, consequentemente, maiores serão os sacrifícios financeiros individuais na manutenção financeira do Estado. Neste contexto, as relações entre participação política e atividade financeira do Estado, de forma sintética, podem ser traduzidas a partir de dois fenômenos distintos: i) a obtenção de recursos públicos (quais indivíduos suportarão o ônus tributário); e ii) os dispêndios dos recursos públicos, ou seja, as despesas públicas (quais indivíduos se apropriarão dos recursos públicos). A primeira situação tem relação com a escolha das bases econômicas de incidência tributária e, consequentemente, com a identificação dos indivíduos que terão sua riqueza subtraída para a manutenção financeira do Estado.

Por exemplo, a CF/88 desprezou relevantes bases econômicas de incidência, tais como o patrimônio, o lucro e o capital, em detrimento da renda e do consumo, direcionando, assim, a tributação, preponderantemente, à pessoa física (trabalhadores/consumidores). Já a segunda, relaciona-se com a apropriação dos recursos públicos, ou seja, com a identificação dos indivíduos que terão suas demandas atendidas. Neste contexto, não é prudente omitir que a atribuição de direitos políticos, civis e sociais desdobra-se, sempre, em despesas públicas. Em adição, também não é prudente deixar de reconhecer que é exatamente a partir da apropriação dos espaços políticos que se imprime uma determinada conformação à atividade financeira do Estado. Isto significa dizer que a apropriação dos espaços políticos corresponde, na verdade, ao controle dos recursos públicos (por um lado, o afastamento da incidência tributária sobre determinados segmentos sociais e, de outro, direcionamento dos recursos públicos a esses mesmos segmentos).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De qualquer forma, para que o Estado efetive os direitos políticos, civis e sociais (por exemplo, direito à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, dentre inúmeros outros), formalmente previstos em sede constitucional, faz-se necessário que os indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) cumpram o dever fundamental de pagar tributos, posto que o Estado não gera riquezas por si só suficientes ao custeio das prestações estatais. O problema da participação individual na manutenção financeira do Estado torna-se evidente quando o Estado, por um lado, subtrai aquela mínima parcela necessária para a sobrevivência humana digna; e, de outro, deixa de cumprir prestações sociais (bens, equipamentos e serviços públicos) necessárias a minorar a vulnerabilidade social dos indivíduos. Em outras palavras, o problema surge a partir do instante em que o Estado retira do indivíduo aquilo que, como Estado social, deveria proporcionar aos indivíduos.

2.2 A cidadania fiscal

A existência do Estado pressupõe o atendimento de certos fins coletivos, tais como o bem-estar social. A nossa Constituição Federal, em seu art. 6º, distribuiu formalmente direitos sociais, tais como "a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". Mas, subjacente à discussão formal de quais direitos sociais devem ser garantidos, emerge a questão material, ou seja, quais agentes da sociedade deverão prover financeiramente o Estado? A questão do financiamento público foi objeto de extensa previsão constitucional, desde a repartição da competência tributária até a enumeração taxativa dos impostos. O modelo tributário nacional fornece uma excelente síntese do momento histórico subjacente à ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988: o forte fenômeno de ressurgimento do liberalismo econômico (neoliberalismo), que nada mais fez que propor, novamente, o modelo de organização social com fundamento na prevalência das interações econômicas.

As regras constitucionais e legais refletem o modelo político adotado pelo Estado em um determinado lapso temporal. A conotação dada ao vocábulo político relaciona-se com a própria organização social e a institucionalização do Estado. Neste sentido, político indica uma etapa da evolução da sociedade onde um determinado grupo social passa a dominar os demais grupos, prevalecendo, assim, a vontade de uma determinada elite, que nas sociedades democrática concorrem entre si através de um procedimento político. Este panorama faz surgir uma questão: como o sistema político introduz, através do processo democrático, a vontade hegemônica? A resposta passa pelas regras de procedimento ou, em outras palavras, pelo direito como mera técnica. A norma jurídica representa o instrumento através dos quais os grupos dominantes satisfazem seus interesses. A conseqüência mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

relevante do tecnicismo do Direito é o desprezo à realidade social, com o conseqüente esvaziamento do discurso jurídico, que se apresenta à sociedade cada vez mais desprovida de sentido, distante da realidade cotidiana das pessoas. Barcellona (2000, p. 142) tece atentas considerações sobre o tema:

> [...] il codice dell'individuo moderno è una procedura per produrre codici [...] In questi termini il diritto moderno è essenzialmente una procedura. Per queste ragioni si può dire che la società moderna è per eccellenza una società giuridica, cioè uma società che si autorappresenta attraverso il suo diritto como diritto degli individui (una forma vuota). [...] Questa forma vuota riduce infatti il diritto a técnica e porta com sé il primado del mezzo sui fini.

O Direito como técnica tem resultado na imposição de normas que afetam negativamente toda a coletividade. Aqui não se trata de por dúvidas sobre a legitimidade – obtida através do processo democrático – dessas normas jurídicas. Pelo contrário, apesar de democráticas – e, portanto, legítimas – determinadas normas são suficientemente danosas à própria sociedade. Democracia e justiça social podem, não raras vezes, apresentar conflitos, cuja natureza meramente procedimental das regras do jogo democrático (BOBBIO) não tem se mostrado capaz de atenuar. Na verdade, o Direito como técnica possui exacerbado apego à coerência interna da ordem jurídica: o que importa é a verificação da adequação constitucional e/ou legal das normas, pouco importando se essas são socialmente justas, se afetam a dignidade da pessoa humana ou, ainda, se subtraem as possibilidades materiais da sobrevivência humana digna.

A realidade material tem sido suficiente para mostrar o distanciamento entre a democracia ideal e a democracia real, entre teoria e realidade fática. As diferenças sociais, evidentemente, decorrem de diferenças políticas e o direito não se apresenta como instrumento capaz de atenuar essa realidade. Na verdade, o direito apresenta-se como um sistema social parcial hermético, fechado em si mesmo, que não consegue alcançar os desdobramentos externos. Por exemplo, na seara tributária, o Direito como técnica nos leva a inaptidão das discussões meramente formais sobre a capacidade contributiva. Por isso, a necessidade de mensurar a cidadania fiscal.

2.2.1 A questão da intransparência da atividade financeira do estado

A questão da cidadania fiscal envolve diversos aspectos, desde a compreensão da natureza jurídico-econômica dos tributos até a aplicação dos recursos. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

complexidade da legislação que trata da atividade financeira do Estado, composta de uma infinidade de normas jurídicas tributárias, orçamentárias, de licitação, de responsabilidade fiscal, dentre outras, transforma as atividades de obtenção e de dispêndio dos recursos públicos em algo inacessível ao cidadão comum. Daí emerge uma primeira questão relevante à educação fiscal: a complexidade e a ausência de transparência impossibilitam o acesso às informações necessárias à compreensão da atividade financeira do Estado e de seus desdobramentos materiais.

A cidadania fiscal, assim, visa apontar à necessidade de simplicidade e transparência na atividade financeira do Estado e a partir daí fazer surgir um cidadão que participe mais ativamente das coisas públicas. É neste contexto que emerge a política pública de educação fiscal destinada a induzir no cidadão o devido reconhecimento do seu sacrifício financeiro na manutenção do Estado, especialmente diante da pífia presença social do Estado. Evidentemente que a atividade financeira do Estado é questão bastante ampla. Por isso, faz-se necessário proceder a um recorte de forma que a direcionar a pesquisa à atividade de obtenção de recursos públicos e, mais especificamente, à atividade tributária.

2.2.2 A imperfeita identificação do ônus tributário

No caso específico da atividade tributária, a ofensa à simplicidade e à transparência faz com que a sociedade não sinta o peso dos tributos embutidos no preço final dos bens, produtos, mercadorias e serviços. Este problema é ampliado na sistemática da tributação indireta, capaz de confundir preço e tributo em um só valor monetário. Então, uma primeira inferência que pode ser feita é aquela que estabelece uma relação entre percepção do montante dos tributos pagos individualmente e qualidade dos bens, serviços e equipamentos públicos oferecidos pelo Estado. Em outras palavras: quanto maior a precariedade informacional na obtenção dos recursos públicos, tanto menor será o controle social sobre os gestores públicos e a adequada aplicação dos recursos públicos.

A precariedade informacional é especialmente importante no âmbito dos impostos indiretos (aqueles que estão incluídos no preço de bens, mercadorias e serviços consumidos), porque se apresentam de difícil percepção para aquele indivíduo (consumidor final) que suporta economicamente o tributo. A ausência de informações acessíveis ao cidadão, conjugada à ausência da educação fiscal, inviabiliza o despertar da sociedade para uma consciência voltada às coisas públicas. Evidentemente que o exercício da cidadania fiscal exige a presença de mecanismos que garantam ao cidadão o acesso universal a informações sobre o fenômeno da tributação, incluído aí também a destinação dos recursos tributários arrecadados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3. CONCLUSÕES

As definições procedimentais de democracia não conseguem ultrapassar os aspectos meramente formais para alcançar, também, os aspectos materiais: em nenhum momento o processo democrático é definido como aquele instrumento capaz de distribuir as riquezas geradas a um maior número de pessoas, através do consenso social e do estabelecimento de normas socialmente legítimas. Pelo contrário, é exatamente no espaço político que os sistemas sociais parciais autônomos impõem suas necessidades de regulação e, a partir do processo democrático, induz a formação da opinião pública e a criação do direito legítimo, mesmo que este se apresente socialmente injusto. Por outro lado, o processo democrático nem sempre consegue despertar a necessária solidariedade e, consequentemente, participação nos assuntos coletivos. Pelo contrário, cada vez mais os indivíduos se relacionam através de interações estratégicas, tendo em vista seus interesses individuais mais imediatos. Neste contexto, emerge uma outra questão: por que participar do processo democrático se este não garante um resultado material mínimo para todos os indivíduos? Não é o caso de atribuir ao processo democrático natureza comutativa, mas apenas de expandir o conceito de democracia de forma a mensurar os resultados materiais. Em outras palavras, além dos direitos individuais – sobre os quais se fundamentam as definições procedimentais da democracia – é importante incluir os direitos sociais. Por exemplo, a mera previsão constitucional de um conjunto de direito sociais não é suficiente quando o próprio Estado se mostrado incapaz de mitigar o passivo social que se perpetua por séculos. Por isso, esta questão ultrapassa as meras discussões formais para alcançar os resultados materiais. É dentro desse contexto que devemos incluir na pauta das discussões o tema cidadania fiscal. Deve ser ressaltado que a cidadania não é somente exercida com o voto destinado a eleger nossos governantes e representantes, mas com o exercício do controle social sobre os recursos e despesas públicos. Para que ocorra o controle social sobre a atividade financeira do Estado é necessária que a sociedade seja educada nesse sentido, em sintonia com o disposto no art. 205, da Constituição Federal: "A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Por fim, deve ser salientado que a educação fiscal, como processo educacional, demanda tempo para ser efetivado. Por isso, a cada dia se evidencia que a ausência de políticas públicas destinadas a promover a educação fiscal do cidadão prejudica não só o Estado, mas, principalmente, a própria sociedade, colocada diante de risco de vulnerabilidade pela associação de dois fenômenos distintos: de um lado, a subtração da renda individual para a manutenção financeira do Estado; e, de outro, a ausência social do Estado.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros,2002.

ÁVILA, Humberto. Teoria da igualdade tributária. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Alice Mouzinho. Cidadania fiscal. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BARCELLONA, Pietro. Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza. 1. reimp. Bari: Dedalo, 2008.

_____. L'individuo e la comunità. Roma: Edizioni Lavoro, 2000.

_____. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 17. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo. Economia do setor público. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Metodologia da pesquisa. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. Ni com Marx no contra Marx. Tradução Lia Cabbib Levi e Isidro Rosas Alvarado. Ciudad do México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

_____. O futuro da democracia. 11. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BORGES, José Souto Maior. Relações entre tributos e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (Org.). Tributos e direitos fundamentais. São Paulo: Dialética, 2004, p. 217-226.

BUENO, Roberto. A filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio. São Paulo: Mackezie, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____.. ICMS. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

DEMO, Pedro. Metodologia científica em ciências sociais. 3. ed. rev. ampl.São Paulo: Atlas, 1995.

DOMINGUES, José Marcos (Coord.). Direito tributário e políticas públicas. São Paulo: MP, 2008.

FIGUEIREDO, Ivanilda. Políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Porto Alegre: Fabris, 2006.

FISCHER, Octavio Campos (Coord.). Tributos e direitos fundamentais. São Paulo: Dialética, 2004.

GARCÍA, Maria J. Sánchez. Reflexiones sobre la medición de la pobreza en el Estado de Bienestar. In: MARCÍAS, José Ignacio Sánchez; ORTEGA, Rafael Calvo;

LÓPEZ, Fernando Rodríguez. Economía, Derecho y Tributación. Salamanca:

Universidad de Salamanca, 2005, p. 281-303.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. ed. São Paulo: 1999.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 141-167.

GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (Org.). Tributos e direitos fundamentais. São Paulo: Dialética, 2004, p. 9-17.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GRYNSPAN, Mario. Ciência, política e trajetórias sociais: uma sociologia histórica da teoria das elites. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

JACOBI, Pedro. Políticas sociais e ampliação da cidadania. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

LEVINE, David M. et al. Estatística: teoria e aplicações usando o Microsoft Excel em Português. 3. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2005.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Traducción Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. Poder. Traducción Luiz Mónica Talbot. 1. reimp. Barcelona: Anthropos, 2003.

_____. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general. Tradución Silvia Pappe y Brubhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

_____. Teoría política en el Estado de Bienestar. Versión Fernando Vallespín. 4. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

_____. A improbabilidade da comunicação. Tradução Anabela Carvalho. Seleção e apresentação João Pissarra. Lisboa: Vega, 1992.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Marcelo Guerra. Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTUSCELLI, Fernando José Dutra. Elementos de direito tributário. Campinas: Bookseller, 2001.

MEDEIROS, Mônica M. M. Princípios constitucionais como instrumentos de justiça tributária. Rio de Janeiro: Reler, 2009.

MICHEL, Maria Helena. Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais. São Paulo: Atlas, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.

PINTO, Márcio Percival Alves; BIASOTO JR., Geraldo (orgs.). Política fiscal e desenvolvimento no Brasil. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.

RISTER. Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SABBAG, César. Orçamento e desenvolvimento: recurso público e dignidade humana – o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas. Campinas: Millennium, 2007.

SCHWARTZMAN, Simon. As causas da pobreza. Rio de Janeiro: FGV.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, Rogério Zanon de. Tributo, educação e cidadania: a questão tributária no ensino fundamental como fator de desenvolvimento da cidadania participativa no Brasil. 2. ed. Vitória: Instituto Histórico e Geográfico do Espírito Santo, 2002.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade Contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa na educação. São Paulo: Atlas, 1987.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 53-67.

ZILVETI, Fernando Aurelio. Capacidade contributiva e mínimo existencial. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 36-47.

_____. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

OS BENEFÍCIOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/1995: AVANÇO PARA DESBUROCRATIZAÇÃO E CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

ARTHUR DE OLIVEIRA RAMALHO NETO:
Bacharelando pela Universidade Iguaçu- RJ e conciliador no JECRIM, nomeado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Monografia de Curso apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Iguaçu como exigência final para a obtenção do título de bacharel em Direito. Orientador (a): LUCIANA PELUZIO CHERNICHARO. Coorientador (a): WASHINGTON LUIZ AQUINO FERREIRA.

RESUMO: Este trabalho pretende analisar benefícios despenalizadores da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que visaram desburocratizar o processo penal aproximando a Justiça às classes menos favorecidas dando celeridade às suas demandas processuais oportunizando, quando possível, a resolução de conflitos por meio da conciliação em uma audiência preliminar no JECRIM – Juizado Especial Criminal – ou, na linguagem popular, "juizado de pequenas causas". No decorrer desta pesquisa, serão abordados os conceitos de infração penal e infração penal de menor potencial ofensivo. Ainda, será feita uma análise do sistema prisional brasileiro a fim de se discutir a importância das medidas despenalizadoras diante de tal cenário e de suas proposições durante o funcionamento da audiência preliminar com enfoque em seus efeitos no âmbito penal. Observar-se-á a previsão Constitucional e suas principais características, traçando comparativos com os Códigos Civil, Penal, Processo Penal e leis especiais. A metodologia de pesquisa adotada é a documental e bibliográfica. A fundamentação teórica se dará por meio de livros, revistas, sites, teses e jurisprudência sobre o tema e evolução da Lei nº 9.099 no ordenamento jurídico na seara penal, e nas experiências obtidas no ambiente forense como Conciliador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Comarca de Nilópolis, através do JECRIM, acumulando o 1º Juizado da Violência Doméstica da Família e da Mulher.

PALAVRAS CHAVES: Criminal; Despenalizadores; Infração; Juizado; Justiça; Pena; Penal; Potencial.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the decriminalizing benefits of Law No. 9,099, of September 26, 1995, which aimed at reducing the bureaucracy in the criminal process, bringing Justice to the less favored classes, speeding up their

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

procedural demands, making possible, when possible, the resolution of conflicts through of conciliation in a preliminary hearing at JECRIM - Special Criminal Court - or, in popular language, "small case court". During the course of this research, the concepts of criminal offense and criminal offense with less offensive potential will be addressed. In addition, an analysis of the Brazilian prison system will be carried out in order to discuss the importance of decriminalizing measures in the face of such a scenario and its proposals during the operation of the preliminary hearing with a focus on its effects in the criminal sphere. The Constitutional provision and its main characteristics will be observed, drawing comparisons with the Civil, Criminal, Criminal Procedure and special laws. The research methodology adopted is documentary and bibliographic. The theoretical basis will be given through books, magazines, websites, theses and jurisprudence on the theme and evolution of Law No. 9,099 in the legal system in the criminal field, and in the experiences obtained in the forensic environment as a Conciliator in the Court of Justice of Rio de Janeiro - District of Nilópolis, through JECRIM, accumulating the 1st Court of Domestic Violence for Family and Women, accumulating the 1st Court of Domestic Violence of Family and Women.

KEYWORDS: Criminal; Depenalizers; Infringement; Court; Justice; Feather; Criminal; Potential.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.O CENÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. 2. INFRAÇÃO PENAL. 2.1.INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. 2.1.1. INFRAÇÕES PENAIS NÃO ABARCADOS PELA LEI 9.099/1995. 3. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. 3.1.REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA AUTORIDADE POLICIAL. 3.2. A AUDIÊNCIA NO JECRIM. 4. MEDIDAS DESPENALIZADORAS. 4.1. CONCILIAÇÃO. 4.2. COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS. 4.3.REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E LESÃO CULPOSA. 4.4.TRANSAÇÃO PENAL. 4.5. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, com previsão constitucional no art. 98, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil, regulamentou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos Estados para tratar das denominadas "infrações penais de menor potencial ofensivo".

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I – juizados, especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (BRASIL, 1988).

De acordo com: "Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência." (BRASIL, 1995).

Alinhado a um de seus princípios, o da simplicidade, a proposta da legislação foi a de proporcionar o acesso à cidadania por via judicial, facilitando o acesso à justiça a todos os níveis da sociedade a ponto de desobrigar ou facultar a presença de um advogado para as causas com o valor de até vinte salários mínimos, obrigando a presença deste profissional apenas nas de valor superior a esta quantia.

Segundo o artigo 9º da referida Lei "as causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória." (BRASIL, 1995).

Ademais, a nova lei trouxe inovações importantíssimas à lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984 que dispunha sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

> [...] descortinar as verdadeiras inovações do novo sistema se comparado à Lei dos Juizados de Pequenas Causas, seja no que se refere ampliação de competência (art. 3º), a ampliação dos legitimados ativos (art. 8º), à forma de comunicação dos atos processuais, à fase da execução (art. 52, IV) ou à expropriação de bens (art. 52, VII). (CHINI *et al.*, 2019, p. 43).

Sempre com o objetivo de acelerar o acesso à Justiça, já que um dos princípios constitucionais é o da Celeridade (Art. 5º, LXXVIII), a Carta Magna previu em 1988 a criação de Juizados Especiais para causa cíveis e também para as criminais.

No entanto, embora houvesse a previsão constitucional e a instituição dos Juizados, ainda não existiam os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Para Chini e outros (2019, p. 52), o artigo dispunha que os Juizados Cíveis e Criminais eram órgãos da Justiça Comum, visto o artigo 93 determinar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

organização dos Juizados por lei Estadual: "Art. 93. Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência." *(BRASIL, 1995).*

Ainda deveriam ser instalados no prazo de seis meses, de acordo com o artigo 95: "os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei." *(BRASIL, 1995).*

No entanto, com a emenda constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, inseriu o então parágrafo único no art. 98, da Constituição Federal, com seguinte redação: "Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal." (CHINI *et al*., 2019, p. 295).

Somente 6 (seis) anos depois da promulgação da lei 9.099/1995, houve o advento da lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, onde foram instituídos os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Além dos objetivos mencionados, era mister buscar medidas que promovessem o desafogamento das Varas Criminais. A burocratização presente na Justiça Criminal, por vezes, acabava por criar um efeito reverso no que diz respeito às suas finalidades, tendo em vista que, o grande lapso temporal decorrido para que a sociedade e a vítima tivessem respostas de crimes de menor expressividade era tão grande que acabava por desconstituir a credibilidade social na resposta do Estado, que em tese detém o poder de punir, àqueles que agiam fora da legalidade.

Neste sentido, Carvalho (2008, p.35) destaca:

> Era humanamente impossível para um juiz conduzir todos os processos existentes na Comarca, ou Vara, trabalhando com um número tão elevado de feitos, o que obrigava o Magistrado, embora contra a sua vontade, a dar preferência aos casos mais graves, para só então cuidar do que hoje a Lei, implicitamente, chama de "pequenos crimes", ou "crimes anões", ou ainda na linguagem explícita da lei "Infrações de Menor Potencial Ofensivo". (CARVALHO, 2008, p.35).

E, Tourinho (2000, p.17) complementa:

> Era preciso desafogar os Juízos Criminais, agilizar a Justiça, obter uma rápida resposta do Estado, sem que este abrisse mão do direito de punir aquelas condutas e sem permitir referidos procedimentos, ressalvadas as hipóteses de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> manifesta e indiscutível banalidade do fato. (TOURINHO FILHO, 2000, p.17).

De acordo com Azevedo (2001, p.100), com a implantação dos Juizados Especiais Criminais, esperou-se que as antigas varas criminais pudessem atuar com maior prioridade sobre os crimes de maior potencial ofensivo. "Com sua implantação, espera-se que as antigas varas criminais possam atuar com maior prioridade sobre os crimes de maior potencial ofensivo.".

Tal necessidade fora observada por aqueles constituintes que objetivaram sanar o sobrecarregamento da máquina judiciária criminal, que sofria com o grande número de processos que cuidavam de pequenos delitos, culminando muitas vezes, em sentenças que reconheciam a prescrição retroativa ou a absolvição por fragilidade probatória, já que o poder judiciário não tinha estrutura para, em tempo hábil, realizar as diligências necessárias para que se formasse um amplo conjunto de provas.

Por isso, a referida lei instituiu nos Juizados Especiais Criminais, as medidas ou benefícios despenalizadores, a saber: i) conciliação (arts. 60 e 79); ii) composição dos danos civis (arts. 60 e 72); iii) representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa (art. 88); iv) transação penal (art. 60); v) suspensão condicional do processo (art. 89).

A questão do novo tratamento dado às infrações de menor lesividade trouxe muitas discussões a respeito da concepção de justiça. Pois parte de consagrados juristas pugnam pelo fracasso da lei 9.099/1995, outra pelo sucesso e uma última corrente elencou novos preceitos visando uma melhoria dos JECRIM's.

As críticas e discussões a respeito da lei 9099/95 giram em torno da possibilidade desta forma de "fazer justiça" mitigar princípios fundamentais como o da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. Desta forma, a transação penal seria inconstitucional por ferir princípios constitucionais importantes como o do contraditório, da ampla defesa e o do devido processo legal. Além do mais, existem controvérsias sobre quem pode propor a transação penal, e quais as consequências de seu descumprimento.

Neste contexto, a presente pesquisa terá como objetivo discorrer sobre estas questões, especialmente sobre a transação penal e sua possível inconstitucionalidade, analisando os aspectos principais desse instituto, confrontando suas características e procedimentos com princípios constitucionais de maneira a refletir sobre eventuais avanços na seara penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 O CENÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Pretende-se aqui, mostrar um pouco da realidade do sistema penitenciário brasileiro, à guisa que se perceba a importância dos Juizados Especiais Criminais e a aplicação da lei 9.099/1995 com seus institutos despenalizadores.

Se as infrações de maior lesividade ou de maior potencial ofensivo muitas vezes demoram anos para serem julgados nas Varas Criminais, imaginem-se as de menor potencial ofensivo? Seria um enorme estímulo à sensação de impunidade e total fracasso do Judiciário.

Por outro lado, cercear a liberdade de um indivíduo sem que este tenha direito aos princípios constitucionais importantes, como o do contraditório, da presunção da inocência, ampla defesa e o devido processo legal, pode no porvir gerar danos irreparáveis.

Por isso, apresentaremos, doravante, fatos que servirão de sustento à tese dos que pugnam a favor desta lei e seus institutos.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) realizado em 2015, a população prisional era cerca de 698.618 mil presos em todo o país. Em 15% (107 mil) dessas prisões, 46% (49 mil) dos presos sem julgamento esperavam mais de 90 dias na cadeia, prazo era tido como o mínimo razoável; 37% (258 mil) eram presos provisórios sem condenação, conforme podemos ver na figura 1:

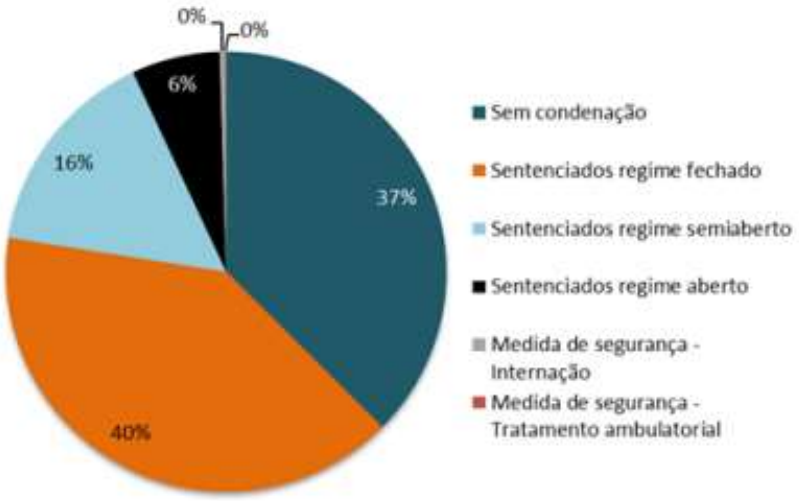
Figura1: Pessoas privadas de liberdade no Brasil em dezembro de 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Brasil - Dezembro de 2015	
População prisional	698.618
Sistema Penitenciário	662.723
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	35.463
Sistema Penitenciário Federal	432
Vagas	371.201
Déficit de vagas	327.417
Taxa de ocupação	188,2%
Taxa de aprisionamento	341,7

Fonte: (BRASIL, 2017).

Gráfico 1: Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime.



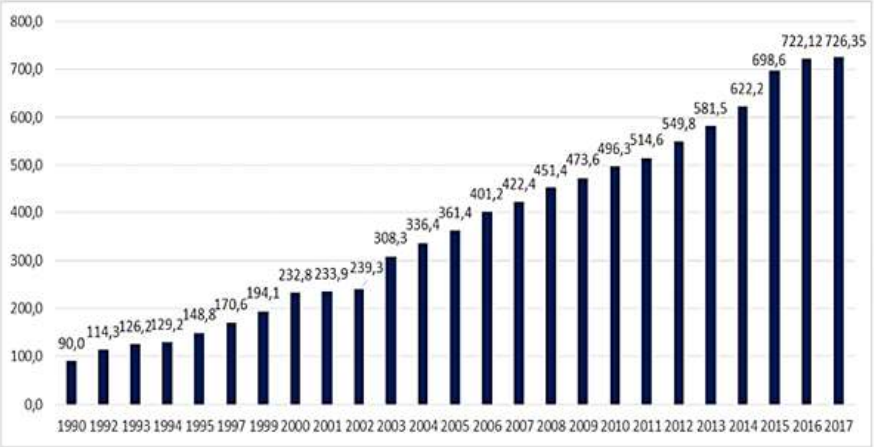
Fonte: (BRASIL, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ocorre que, no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado pelo Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional no ano de 2017, do início da década de 90 até junho de 2016 houve um aumento de 707% da população prisional, conforme se pode ver no gráfico 250.

Pode-se observar no gráfico abaixo que, no primeiro semestre de 2017 a quantidade de pessoas privadas de liberdade no Brasil é de cerca de 726.350.

Gráfico 2: Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2017.



Fonte: (BRASIL, 2019).

Já no gráfico 3, adiante, pode-se perceber que em relação ao número total de vagas há um déficit de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62% e de aprisionamento de 349,78%. (BRASIL, 2019).

Figura 2: Pessoas privadas de liberdade no Brasil Junho de 2017.

[50] Salienta-se que não são contempladas neste relatório as pessoas monitoradas exclusivamente pelo Poder Judiciário, uma vez que os dados são coletados com os órgãos penitenciários. Um exemplo é a parcela da população privada de liberdade em regime aberto que tem vínculo direto com as Varas de Execução Penal, sem o intermédio do órgão penitenciário.

Ressalta-se também que os dados apresentados a seguir não incluem as pessoas custodiadas nas carceragens das delegacias da Segurança Pública [...]. (BRASIL, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

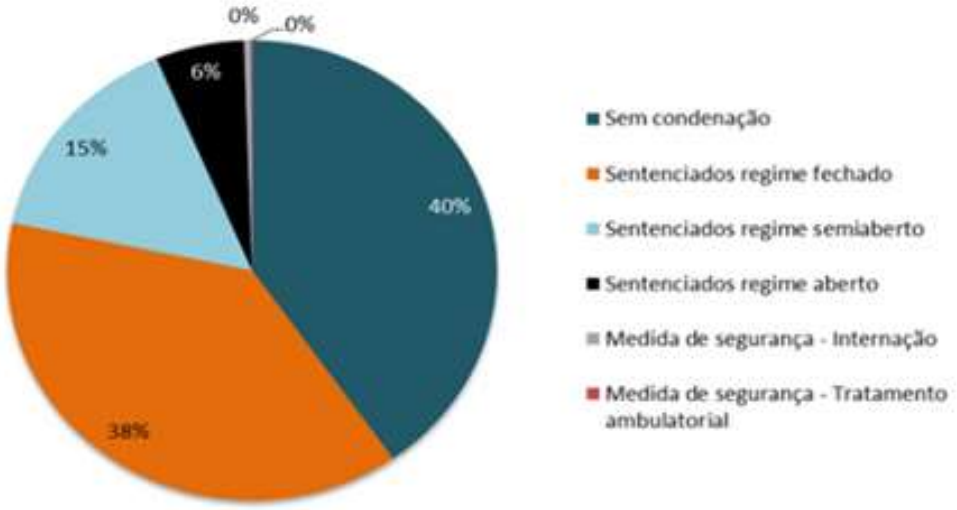
Brasil - Junho de 2017	
Total da população prisional	**726.354**
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens*	19.735
Total de Vagas	**423.242**
Déficit de vagas	**303.112**
Taxa de Ocupação	**171,62%**
Taxa de Aprisionamento	**349,78**

Fonte: (INFOPEN, 2019).

Observa-se ainda que até junho de 2016, 40% das pessoas presas ainda não haviam sido julgadas e condenadas, cerca de 292.450, conforme demonstrado no gráfico abaixo:

Gráfico 3: Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime em

Junho de 2016



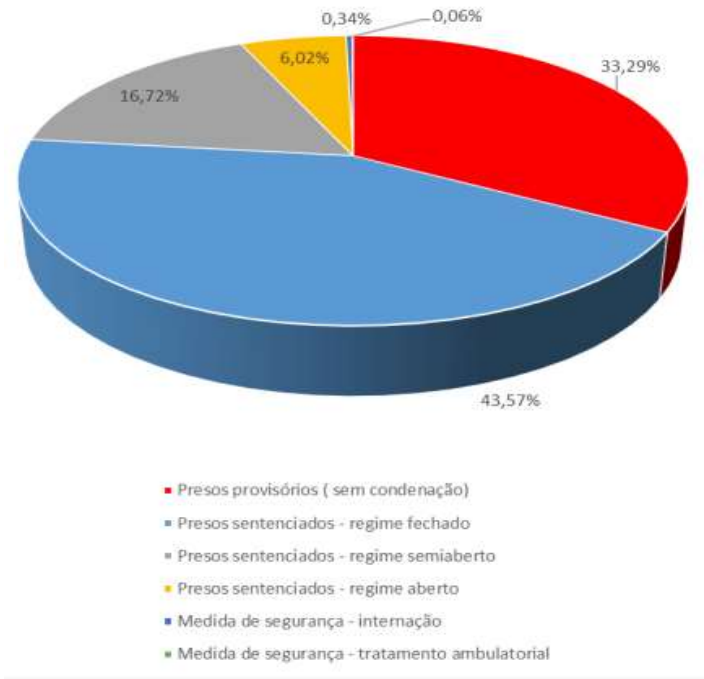
Fonte: (INFOPEN, 2018).

Analisando o gráfico 4, percebe-se ainda que a quantidade de pessoas privadas de sua liberdade sem condenação equivale a 33,29% da população prisional daquele período.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Gráfico 4: Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime em

Junho de 2017



Fonte: (INFOPEN, 2019).

Na tabela 1, a seguir, um dos dados mais alarmantes é a quantidade de pessoas privadas de sua liberdade sem que tenham sido condenadas. Até junho de 2017, em todo o Brasil são 235.241 cidadãos. Só na Justiça Estadual são 232.542 presos provisórios, sem condenação!

Tabela 1 – Relatório Analítico Consolidado Nacional SISDEPEN

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN

JAN-JUN/2017

Nacional

População carcerária	726.354
População carcerária por 100.000 habitantes	349,78

Categoria: Quantidade de Presos/Internados		Homens	Mulheres	Total
Quantidade de Presos (Polícia e Segurança Pública)		15.922	1.216	19.735
Quantidade de Presos custodiados no Sistema Penitenciário		670.007	36.612	706.619
Item: Sistema Penitenciário - Presos sem condenação	Justiça Estadual	219.011	13.531	232.542
	Justiça Federal	2.003	238	2.241
	Outros (Just. Trab., civel)	437	21	458
	Total	221.451	13.790	235.241
Item: Sistema Penitenciário - Regime Fechado	Justiça Estadual	293.007	12.897	305.904
	Justiça Federal	1.466	357	1.823
	Outros (Just. Trab., civel)	151	2	153
	Total	294.624	13.256	307.880
Item: Sistema Penitenciário - Regime Semi Aberto	Justiça Estadual	111.422	6.065	117.487
	Justiça Federal	503	108	611
	Outros (Just. Trab., civel)	31	3	34
	Total	111.956	6.176	118.132
Item: Sistema Penitenciário - Regime Aberto	Justiça Estadual	39.267	3.182	42.449
	Justiça Federal	82	14	96
	Outros (Just. Trab., civel)	5	-	5
	Total	39.354	3.196	42.550
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Internação	Justiça Estadual	2.241	182	2.423
	Justiça Federal	2	-	2
	Outros (Just. Trab., civel)	-	-	-
	Total	2.243	182	2.425
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Tratamento ambulatorial	Justiça Estadual	379	12	391
	Justiça Federal	-	-	-
	Outros (Just. Trab., civel)	-	-	-
	Total	379	12	391

Fonte: (DEPEN, 2019).

Destarte, com base nas informações apresentadas até aqui, pode-se então ponderar a importância da lei 9.099/1995 para a sociedade e para as Varas Criminais já sobrecarregadas de processos e ritos morosos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A realidade dessa superlotação atinge números exorbitantes, celas apropriadas para oito detentos são preenchidas, muitas vezes, por mais de 80 detentos, o que impossibilita os presos terem seus direitos básicos garantidos, como local para dormir, higiene, e até mesmo água para as necessidades básicas do ser humano, aumentando o risco de doenças e morte, o que se constata por uma gravíssima violação dos direitos humanos.

Com esse efeito imediato, a convivência no presídio trará aflição maior do que a própria sanção imposta, impedindo, que possa efetivar-se qualquer proposta e possibilidade de ressocialização, gerando forte tensão e violência

Nas expressões de Assis, o descaso com a saúde do preso é deplorável, observe:

> A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. (DIREITONET,2007)

O que acaba ocorrendo é uma dupla penalização na pessoa do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. Também pode ser constatado o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, a qual prevê no inciso VII do artigo 40 o direito à saúde por parte do preso, como uma obrigação do Estado.

2 INFRAÇÃO PENAL

O art. 63 da lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 estabelece que, "a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal".

De acordo com Estefam (2016, p.84), "infração penal é um gênero que, em nosso ordenamento jurídico, subdivide-se em duas espécies: crime e contravenção penal.".

Para Greco (2016, p.192), diferente de legislações que adotaram o critério tripartido, como na França e na Espanha, nosso ordenamento jurídico penal adotou o critério bipartido onde as palavras crime e delito tornaram-se expressões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sinônimas. Assim, "[...] a infração penal, portanto, como gênero, refere-se de forma abrangente aos crimes/delitos e às contravenções penais como espécies.".

O art.1º do Decreto-lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941, determina:

> Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. *(BRASIL, 1941).*

Para Messa (2014, p. 286) não há muita diferença entre crime/delito e contravenção penal, porque ambos são atos ilícitos que violam a lei penal. Entretanto, é possível observar algumas diferenças, conforme a tabela abaixo:

Tabela 2: Sutil diferença entre crime/delito e contravenção penal

ITENS	CRIME OU DELITO	CONTRAVENÇÃO PENAL
Elemento subjetivo	Dolo ou culpa	Voluntariedade
Tentativa	É possível	Não é possível
Ação penal	Pública ou privada	Pública incondicionada
Peça inicial	Denúncia ou queixa	Denúncia
Prática no exterior	Pode ser punida no Brasil	Nunca pode ser punida no Brasil

Fonte: (MESSA, 2014, p. 286)

2.1 INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Como o constituinte não definiu o que seria infração penal de menor potencial ofensivo, tal definição ficou a critério da lei infraconstitucional.

Destarte, de acordo com o art. 60 da lei 9.099/1995, os Juizados Especiais Criminais "[...] tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo [...]". *(BRASIL, 1995).*

Messa (2014, p. 719) afirma que o critério usado para definir a competência dos Jecrin´s é o quantum máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada.

> O critério do legislador para definir a competência dos Juizados Especiais Criminais é o quantum máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada. Cabe ressaltar que, se ao crime for cominada por lei apenas pena de multa, o crime será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> submetido ao rito do Juizado Especial Criminal. (MESSA, 2014, p. 719).

Seguindo este critério, atualmente, o art. 61 da lei 9.099/1995 determina então quando os atos ilícitos são considerados crimes de menor potencial ofensivo: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.". *(BRASIL, 1995).*

Contudo, houve um período de aproximadamente 11 (onze) anos em que o "quantum máximo" era outro. Quando esta lei foi promulgada, no ano de 1995, o art. 61 tinha outra redação, a saber: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1(um) ano, excetuando os casos em que a lei preveja procedimento especial." *(BRASIL, 1995).*

Ou seja, consideravam-se crimes de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes em que a lei cominasse pena máxima não superior a 1(um) ano.

Entende-se que, na época embora houvesse a previsão constitucional e a instituição dos Juizados, ainda não existiam os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, como apontado no início deste trabalho.

Posteriormente, com o advento da lei nº 10.259, de 12 de Julho de 2001, o legislador instituiu os Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal. Porém, em seu art. 2º Parágrafo Único, criou um conflito quanto à limitação da pena máxima:

"Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa." *(BRASIL, 2001).*

A fim de resolver essa insegurança jurídica, o legislador promulgou a lei nº 11.313, de 28 de Junho de 2006 alterando os artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

Neste contexto, Reis conclui:

> Passarão a ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo todos os crimes a que a lei comine pena não superior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a 2 (dois) anos, todas as contravenções penais e os crimes, qualquer que seja a pena privativa de liberdade, que possuírem previsão alternativa de pena de multa. (DIREITONET, 2003).

2.1.1 Infrações penais não abarcadas pela lei 9.099/1995

Embora os JECRIM´s tenham competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, há algumas infrações que, ainda que atendam o critério do "quantum máximo" da lei, não estão sob o foro destes Juizados, seja por prerrogativa de função, onde em alguns casos se tem direito aos institutos despenalizadores da lei 9099/1995, seja quando a lei dispuser em contrário, conforme os casos de conexão e continência com crimes que refogem ao Juizado:

O caput do art. 60 da lei 9.099/1995 observa que as regras de conexão e continência devem ser respeitadas.

Nesse contexto, Messa (2014, p. 363) afirma que "a unidade de processo e julgamento será realizada no foro prevalente ou de atração" e, assim, conceitua a conexão e a continência:

> A conexão e a continência são hipóteses de modificação da competência que permitem a união no mesmo processo de fatos criminosos e agentes (simultaneus processus), visando promover a celeridade processual e evitar decisões contraditórias. "A conexão e a continência têm como finalidade garantir a união dos processos de forma a propiciar ao julgador uma melhor visão do quadro probatório, permitindo-lhe entregar a melhor prestação jurisdicional e evitando-se, com isso, a existência de decisões conflitantes" (MESSA, 2014, p. 363).

Para Chini (2019, p. 314), a conexão e competência não se definem apenas como um "critério definidor de competência", mas como "critério deslocador de competência" obedecendo aos critérios definidos pelo legislador nos artigos 76 a 78 do CPP, "cujo objetivo é permitir o julgamento conjunto de dois ou mais crimes ou duas ou mais pessoas" evitando a existência de vários processos tratando sobre o mesmo assunto e a prolação de sentenças conflituosas ou contraditórias.

Destarte, havendo a conexão e a continência entre um crime de menor potencial ofensivo com um crime mais grave será aplicada a chamada "vis attractiva", ou seja, com base no artigo 78 do CPP, o crime de menor potencial ofensivo será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direcionado para a jurisdição comum por haver atração "a qual for cominada a pena mais grave". (CHINI *et al.*, 2019, p. 314).

Ainda, não se aplica a lei 9099/1995 nos casos que exijam ampla instrução probatória: a valoração da prova no Código de Processo Penal é um dispositivo usado pelas partes, que dispõe de suas teses defensivas e contrapostas para possibilidade e devida apreciação do Juiz, que por sua vez decidirá. Isso posto, no processo penal, os momentos probatórios terão sua importância em um norte traçado e seguido na busca e produção de provas, razão esta pela qual demostrarão passos para essa via probatória tão essencial.

> Art. 77 § 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.
>
> Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.
>
> Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei. (BRASIL, 1995).

Também não é aplicável à lei dos juizados os processos penais cuja instrução já estiver iniciada: a exemplo, o cumprimento do instituto da transação penal é a extinção da punibilidade, evidência essa da sua natureza penal, diante desse contexto, será interpretado em relação às normas de natureza estritamente processual, pelo seu caráter híbrido. Desta forma as normas exclusivamente processuais penais exaradas na Lei 9099/95, só tem aplicação nos processos em que a instrução não estiver iniciada, conforme afirma o artigo 90:

> O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.
>
> Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade.
>
> Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réu contidas nessa lei. (ADIN 1.719, STF). (BRASIL, 1995).

O STF reafirmou a inaplicabilidade das normas de natureza processual da lei 9.099/1995 nos processos em que se esteja na fase de instrução, ou seja, na fase da instrução criminal. Isso porque o legislador se preocupou em evidenciar que há notória diferença nos procedimentos assentados no CPP que elucida em seu capítulo I dos artigos de 304 a 495 os ritos ordinário, sumário ou sumaríssimo a serem executados: "Art. 518. Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro." (BRASIL, 1941).

Também exclui-se a justiça militar da lei ora tratada. Justamente pelo fato de as forças armadas serem "organizadas com base na hierarquia e na disciplina" (BRASIL, 1980, art. 2º), a aplicação da lei 9.099/1995 poderia trazer muitos transtornos. Por isso, o Art. 90 preceitua que: "as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar." *(BRASIL, 1995).*

Nessa mesma ótica, o art. 1º inciso III do CPP, excetua os processos de competência da justiça militar. E o art. 79 afasta a possibilidade de aplicação da conexão e a continência.

Em casos de violência doméstica contra a mulher (art. 41 da lei 11.340/2006), determina-se, a própria lei determina a inaplicabilidade da lei 9099/1995: "Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, **não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.**" *(BRASIL, 2006, grifo nosso).*

Em relação aos crimes cometidos contra os idosos **(**art. 94 da lei 10.741/2003**)**:

> Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, **cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995**, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Chini e outros (2019, p. 301), relata que em um primeiro momento parte dos doutrinadores entenderam que a lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) redefiniu o quantum máximo das infrações de menor potencial ofensivo da lei 9.099/1995 para todas as condutas com pena máxima igual ou inferior a quatro anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, houve quem interpretasse que o art. 94 da lei 10.741/2003 ampliou a competência dos JECRIM's outorgando-lhes, além da possibilidade de processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, doravante a promulgação da lei 10.741/2003, passa também a processar e julgar os crimes contra idosos, cuja pena máxima não exceda a quatro anos sem modificar o conceito de infração de menor potencial ofensivo mas admitindo a aplicação dos institutos despenalizadores da lei 9.099/1995 em favor do autor do crime.

Tais interpretações foram afastadas pelo STF no julgamento da ADI 309[51]:

> O entendimento do STF é de que o dispositivo legal deve ser interpretado em favor do seu específico destinatário – o próprio idoso – e não de quem lhe viole os direitos. Com isso, os infratores não poderão ter acesso a benefícios despenalizadores de direito material, como conciliação, transação penal, composição civil de danos ou conversão da pena. Somente se aplicam as normas estritamente processuais para que o processo termine mais rapidamente, em benefício do idoso. (BRASIL, 2019).

Portanto, conclui-se que o único benefício da lei 9.099/1995 a ser aplicado em face o art. 94 da lei 10741/2003 é o da celeridade processual em favor da vítima idosa, não possibilitando a aplicação das medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica a favor do autor do crime.

Em relação ao uso de drogas em concurso com crimes graves (art. 28 da lei 11.143/2006), embora a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte e o consumo pessoal de drogas, sem autorização legal ou regulamentar, sejam infrações de menor potencial ofensivo, quando em concurso com os crimes de tráfico de drogas (arts. 33 a 37 da lei 11.143/2006) será afastada a competência do JECRIM, conforme o enunciado do art. 48 §1º:

> Art. 48 § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, **salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei** será processado e

51 [...] 2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual.

Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. [...]. (ADIN 3.096, STF).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

3 AUDIÊNCIA PRELIMINAR

> Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. (*BRASIL, 1995*).

A audiência preliminar foi uma das maiores inovações introduzidas pelo legislador no Juizado Especial Criminal. Abarcada por seu princípio da celeridade que objetiva pela presteza e rapidez no processo, encurtou-se o lapso temporal entre a infração penal e a solução judicial. Em sua execução, poderá impedir o oferecimento da denúncia e resolver o conflito da melhor forma possível por meio da composição dos danos civis sofridos pela vítima, ou ainda, quando não for possível a composição civil é tentada a transação penal proposta pelo Ministério Público e o autor do fato para aplicação de pena não privativa de liberdade, evitando a formação do processo penal tradicional sem o julgamento propriamente dito.

Neste ínterim, o Alexandrino Augusto Ribeiro Gomes de Pinho, destaca:

> O teor do art. 79 da referida Lei frisa que o processo inicia-se sempre por uma fase preliminar, em que se estabelece o contraditório sobre o recebimento da acusação. Recebida a denúncia, o procedimento adota formas do antigo procedimento sumário, **mas concentrando-se todas as provas orais em uma única audiência, e transferindo o interrogatório para o ato final da defesa seguindo-se a prolação da sentença**. (PINHO, Aspectos criminais dos juizados especiais: o Direito acessível aos pobres, https://portal.estacio.br/media/4382/2-aspectos-criminais-juizados- especiais-direito-acessivel-pobres.pdf, in 05/11/2019, grifo nosso).

Ainda sobre as novidades trazidas pela lei 9.099/1995, analisando-se os artigos de 64 a 68 da referida lei, fica evidenciado que o legislador preocupou-se em elucidar os atos processuais de modo a evitar controvérsias. Neste mesmo pensamento, Matos afirma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Para aplicação veemente do princípio da celeridade aos Juizados Especiais, o Legislador estipulou no artigo 64 e seguintes, da Lei 9.099/95, detalhes aos atos processuais não previstos no âmbito da justiça comum, mas que evidencia serem capazes de auxiliar o deslinde satisfatório dos processos tramitados no Juizado Especial. (BRASIL ESCOLA, 2015).

De fato, na lei 9.099/1995 nos artigos de 64 a 68, o legislador esclarece detalhes do rito processual a ser seguido, evocando ainda, os princípios (critérios) da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade exarada no art. 62 desta lei.

3.1 REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA AUTORIDADE POLICIAL

> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
>
> Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (*BRASIL, 1995*).

Essa fase antecede a audiência preliminar, onde a autoridade policial, tanto a civil quanto a federal, tomando conhecimento da ocorrência que pode configurar infração penal de menor potencial ofensivo, lavrará o Termo Circunstanciado de Ocorrência e o encaminhará imediatamente ao Juizado, juntamente com o suposto réu e a suposta vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários para realização de audiência preliminar.

Chini e outros (2019, p. 368) destaca que não cabe aqui retirar a exclusividade da lavratura do termo circunstanciado dos delegados da polícia civil e da polícia federal e destiná-la a outras autoridades como o chefe de batalhão da polícia militar. Isto porque, além de a polícia militar ainda não ter estrutura administrativa necessária, a constituição federal delibera bem sobre o assunto:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
>
> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
>
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988).

Chini e outros (2019, p. 369) ainda destaca:

> [...] a) havendo, em tese, a prática de infração de menor potencial ofensivo da competência da justiça estadual, cabe ao delegado da polícia civil a lavratura do termo circunstanciado; b) havendo, em tese, a prática de infração de menor potencial ofensivo da competência da justiça federal, cabe ao delegado da polícia federal a lavratura do termo circunstanciado. (CHINI *et al.*, 2019, p. 369).

Ao suposto autor do fato que, após a lavratura do referido termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Nessa fase preliminar, não há oitiva da vítima, das testemunhas e interrogatório, devendo constar apenas o relato resumido dos fatos, bem como a indicação dos nomes e qualificação dos envolvidos.

Com todo o procedimento consignado em um dos Juizados Criminais, deverão ser colhidos os antecedentes criminais do suposto autor do fato, preferencialmente por serventuário do cartório, habilitado perante a Secretaria de Segurança Pública, designando-se a audiência preliminar.

Cabe ainda ressaltar que, além das medidas despenalizadoras, esta foi uma das inovações trazidas pela lei 9.099/1995 que substituiu o inquérito policial diminuindo assim o trabalho das polícias judiciárias, já que afasta a necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

inicialmente deslocar agentes para investigar e colher provas relacionadas às infrações de menor potencial ofensivo.

3.2 A AUDIÊNCIA NO JECRIM

> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (*BRASIL, 1995*).

O caput do art. 62 acima revela os objetivos da audiência preliminar: reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, sempre que possível. Assim, o parágrafo único do art. 60 da lei 9.099/1995 resume bem quais os objetivos da audiência preliminar: "transação penal e composição dos danos civis": Art. 60. "Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis." (BRASIL, 1995, grifo nosso).

É importante lembrar que, pode haver a ausência das partes envolvidas na audiência preliminar. Diante desse fato, será necessário identificar qual das partes não compareceu e o tipo da ação penal: ação penal de iniciativa privada, ação penal pública condicionada e ação penal pública incondicionada para que se saibam quais serão as consequências por ocasião da ausência das partes. Tais consequências podem ser desde o adiamento (redesignação) rede da audiência preliminar até a extinção do processo, conforme preconizam os arts. 70, 71 e 79 da lei 9.099/1995.

4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Como se afirmou na introdução deste trabalho, a promulgação da lei 9.099/1995 instituiu nos Juizados Especiais Criminais, as medidas ou benefícios despenalizadores, a saber: i) Conciliação (arts. 60 e 79); ii) Composição dos danos civis (arts. 60 e 72); iii) Representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa (art. 88); iv) Transação penal (art. 60); v) Suspensão condicional do processo (art. 89).

> Observe-se que, quando se fala em despenalização, não se insinua a descriminalização (como ato de não considerar mais crime) das infrações penais de menor potencial ofensivo, mas se quer destacar a nova tratativa dada pela lei a estas infrações em se evitar um longo e moroso processo penal e a aplicação da pena privativa de liberdade ao delinquente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aliás, viu-se no início deste projeto a real situação do sistema prisional brasileiro. Considerando tamanha, aviltante e surreal saturação do sistema penitenciário onde se há um déficit de vagas gigantesco e um quantitativo absurdo de indivíduos que sequer foram julgados e condenados torna-se imperioso admitir a assertividade do legislador em substituir tal pena buscando sempre que possível à conciliação e, quando impossível, a transação penal como consequência do ilícito objetivando cessar tal infração e, ao mesmo tempo eximir o suposto réu de uma futura condenação sem ensejar em sensação de impunidade para a suposta vítima e a sociedade em geral.

Sob esta perspectiva, vejamos os benefícios despenalizadores como um avanço para desburocratização do processo penal em voga e celeridade da prestação jurisdicional diante da sociedade.

4.1 CONCILIAÇÃO

O caput do art. 60 da lei 9.099/1995 assegura que o "[...] Juizado Especial Criminal tem competência para a conciliação [...]". Ora, o legislador aqui faz questão de ao fixar as competências dos Juizados, iniciar destacando a conciliação.

Nesse prisma, Chini e outros (2019, p.313), declara:

> A conciliação consiste em valioso mecanismo aplicado nos Juizados Especiais, resolvendo a maioria das questões que lhe são submetidas com eficiência muito maior do que os julgamentos, uma vez que ao conciliar, os envolvidos se sentem protagonizando o desfecho processual, negociando os termos da conciliação, e não apenas se submetendo à decisão do magistrado.

Nesse sentido, objetiva-se sempre que possível, o acordo entre as partes, por meio da conciliação ou mediação. Esta última, embora não esteja explícita na lei 9.099/1995, está intimamente ligada à conciliação pela prática forense já existente com base na lei 13.140 de 26 de junho de 2015, em especial no seu art. 24, que diz:

> Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. *(BRASIL, 2015).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o Estado promove a pacificação entre suposta vítima e suposto infrator na tentativa de fazer cessar o litígio e assim evitar novos processos. Ao mesmo tempo, visa despenalizar (não descriminalizar) as infrações de menor lesividade à guisa de combater o encarceramento desnecessário, bem como a imposição de penas restritivas de liberdade (reclusão de detenção), ao mesmo tempo, tornando o processo mais simples e democrático.

Destaque-se aqui o quão importante e valioso é o papel da conciliação como mecanismo eficiente na resolução de conflitos. Tanto o é que o legislador incluiu este importante ofício no art.73 da lei 9.099/1995, reconhecido no Enunciado 70 do FONAJE52, classificando os conciliadores como auxiliares da Justiça.

Pelo presente exposto, é mister compreender a conciliação como uma medida despenalizadora, visto que ao se lograr êxito a conciliação entre as partes, o suposto infrator não terá que responder a processo criminal que implicaria em uma futura condenação.

4.2 COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS

A reparação imediata dos danos sofridos pela vítima não era objeto da ação penal. Esta não tinha espaço ou relevância no âmbito criminal, embora já o tivesse na esfera civil. Pois, a ação penal, antes do advento da lei 9.099/1995, sempre se abalizou pelo poder e o dever que detém o Estado de punir àqueles que agiam fora da legalidade.

Com a promulgação da lei 9.099/1995, a reparação do dano causado à vítima passou a ser a prioridade nos processos penais relacionados às infrações de menor potencial ofensivo, haja vista a evidência que o legislador dá à composição dos danos civis:

"Art. 60. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis." (BRASIL, 1995).

---

[52] ENUNCIADO 70 – O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação (XV Encontro – Florianópolis/SC). (FONAJE, Enunciados, https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32, in 06/11/2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, Suzane Maria Prado, elucida:

> Foi com a Lei 9099/95, dos Juizados Especiais Criminais, que a vítima passa a ter voz no procedimento ao ser chamada para a audiência preliminar (art. 69, JEC), ter possibilitada a composição dos danos civis (arts. 72 a 74, JEC) ou oferecer representação, de imediato, para início da persecução penal (art. 75, JEC). Ainda assim, deflagrada a ação, em caso de transação, a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária tem como destinatário preferencial a vítima (art. 45, § 1º, CP), ou, no caso de suspensão do processo (art. 89, JEC), a reparação dos danos é condição obrigatória para extinguir a punibilidade do agente (art. 89, § 1º, I, JEC). (BRASIL, 2015).

Sob esta ótica, Chini e outros (2019, p. 382) afirma que a composição dos danos civis é o acordo celebrado, em geral com natureza indenizatória, entre a vítima e o autor durante a audiência preliminar sob condução de quem preside a audiência:

> A composição dos danos civis é um acordo geralmente celebrado entre o autor do fato e a vítima, nada impedindo, contudo que o responsável civil dele participe, tanto que o legislador menciona a sua intimação, caso seja possível. Esse acordo, em geral, tem natureza indenizatória, mas nada impede que o mesmo tenha outros termos, dependendo da criatividade de quem preside a audiência preliminar, seja o juiz, seja o conciliador, e dependendo da aquiescência do autor do fato e da vítima. (CHINI, *et al.*, 2019, p. 382).

Os danos causados podem ser de cunho material ou moral como evidenciado no CC (arts. 186, 187, 927, 941 e 953). Por esta razão, em linhas gerais, se diz que "Esse acordo, em geral, tem natureza indenizatória, mas nada impede que o mesmo tenha outros termos, dependendo da criatividade de quem preside a audiência preliminar" (CHINI *et al.*, 2019, p. 382). Na prática forense, nem sempre o acordo resulta em indenização financeira, mas na maioria das audiências, em uma espécie de "pacto da boa convivência", já que a maioria dos litígios se dá no âmbito familiar (entre membros de uma mesma família) ou parentela.

Sobre o valor da indenização, embora o art. 387 IV do CPP determinasse que o juiz: "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido" (BRASIL, 1941, art. 387, IV). O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

enunciado FONAJE nº 37 esclarece: "O acordo civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/1995 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria" 53.

Para suprir os requisitos burocráticos do processo penal o legislador determina: "A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente." (BRASIL, 1995, art. 74).

Não obstante, a composição dos danos civis também passou a ser considerada uma medida despenalizadora, pois a punição do autor do ilícito sempre esteve em evidência, embora não se buscasse a reparação imediata dos danos causados à vítima, mas o CP (art. 33, §4º) previa a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano causado e o CPP (arts. 63, 140, 710 V) preconizasse algum benefício em favor do autor da infração em caso deste reparar o dano causado à vítima. O parágrafo único do art. 74 deixou claro que a composição dos danos civis, de certa forma despenaliza o autor da infração ao determinar que: "[...] o acordo homologado acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou representação e, por consequência, a extinção da punibilidade do autor do fato.". (MESSA, 2014, p. 727). Isso porque havendo acordo, não haverá denúncia ou queixa-crime tampouco a instauração de processo criminal, como já se vem expondo.

Contudo, é importante ressaltar que, se aceita, a composição dos danos civis, o mesmo parágrafo único do art. 74 esclarece que esta composição só acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação, nos casos que se tratar "de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação". Isso quer dizer que a reparação do dano em favor da vítima serve como uma espécie de incentivo para que a mesma desista do processo criminal e supere o litígio ora conciliado.

Porém, o mesmo não ocorre no caso de ação penal pública incondicionada à representação, que é o caso onde a representação ou o oferecimento da denúncia é feita pelo Ministério Público, pois não haverá a extinção da punibilidade do autor do fato. Ou seja, mesmo que homologada a composição civil, esta não interrompe ou extingue a instauração de processo criminal, embora deva ser considerada como circunstância atenuante diante de uma eventual sentença condenatória.

[53] ENUNCIADO 37 – O acordo civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/1995 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste diapasão, reflete os Juizados Especiais Criminais (1997, apud MOREIRA, 2000, p. 2):

> Evidentemente, homologada a composição, não ocorre a extinção da punibilidade quando se tratar de infração penal que se apura mediante ação penal pública incondicionada, prosseguindo-se na audiência preliminar com eventual proposta de transação ou, não sendo esta apresentada, com o oferecimento da denúncia pelo MP. Entretanto, se a composição dos danos ocorrer, deve ser ela objeto de consideração do MP, quando da oportunidade de oferecer a transação, e do juiz, como causa de diminuição de pena ou circunstância atenuante (arts. 16 e 65, III, b, última parte, do CP). Além disso, é evidente que a composição impedirá uma ação ordinária de indenização fundada no art. 159 do CC, ou a execução, no cível, da eventual sentença condenatória (art. 91, I, do CP)." (Juizados Especiais Criminais. Atlas, 1997, p.78). (BRASIL, 2000).

Contudo, conforme apontado anteriormente, a ausência das partes envolvidas na audiência preliminar pode ocasionar desde o adiamento da audiência preliminar até a extinção do processo, conforme preconizam os arts. 70, 71 e 79 da lei 9.099/1995. Embora a ausência do autor da infração o impeça de ser beneficiado, em um primeiro momento, com a composição dos danos civis ou a transação penal, o art. 79 da referida lei abaliza o oferecimento da transação penal mesmo após a representação ou denúncia:

> Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.
>
> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (BRASIL, 1995).

Já em relação à ausência da vítima, CHINI (et al., 2019, p. 380) afirma que tanto na ação penal de iniciativa privada quanto na ação penal pública condicionada,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ensejará na extinção da punibilidade do autor do fato a ser julgada pelo juiz. Porém, se a ação penal for pública incondicionada, a ausência da vítima, assim como a ausência do autor da infração, apenas inviabilizará a composição de danos civis, podendo o Ministério Público oferecer a transação penal, a posteriori.

Embora este instituto implique diretamente na reparação imediata dos danos sofridos pela vítima e seja um benefício despenalizador para o infrator, muitas vezes não é possível celebrar composição dos danos civis.

4.3 REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E LESÃO CULPOSA

O caput do art. 88 da lei 9.099/1995 estabeleceu mais uma novidade na seara penal: a mudança de tratamento dos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa. Vejamos a redação do artigo: "Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas." (BRASIL, 1995).

Em um primeiro momento, ao mencionar a expressão: "Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial" o legislador deixa explícito que se está criando uma exceção às regras do código penal. E, que nem todos os casos podem ser abarcados pela lei 9.099/1995, como é o caso da violência doméstica contra a mulher, já mencionada nesta obra, cujos mecanismos para coibir tal prática já estão exarados na lei 11.340/2006 que tem regulamentado em seu art. 41 a inaplicabilidade dos institutos despenalizadores da lei 9.099/1995. Haja vista, o CP no art. 129 § 9º prever pena privativa de liberdade maior que o quantum máximo suportado por aquela lei.

Em segundo lugar, registra uma mudança significativa no tipo penal para o trato de tal infração quando determina: "dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.". Vejamos:

> O dispositivo agora em estudo trouxe significativa mudança no tratamento dado ao crime de lesão corporal leve e ao crime de lesão corporal culposa, transformando nesses casos, a ação penal de iniciativa pública incondicionada em ação penal de iniciativa pública condicionada à representação da vítima [...]. (CHINI, *et al.*, 2019, p. 476).

A representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa deixaram de ser ação penal de iniciativa pública incondicionada (quando a denúncia é oferecida pelo Ministério Público, CP, art. 100 e CPP, arts. 24 a 62) e passou a ser ação penal de iniciativa pública condicionada à representação da vítima (art. 64 da lei 9.099/1995).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A partir da edição da Lei n. 9.099/95, os crimes de lesão corporal leve e de lesão culposa passaram a ser de ação penal pública condicionada. Nesses casos, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. Os arts. 88 a 91 da Lei n. 9.099/95 preveem normas híbridas, que, portanto, retroagem aos fatos ocorridos antes de sua vigência. (MESSA, 2014, p. 731).

É a partir desta mudança promovida pelo legislador que a representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa passaram a ser abarcadas pelo JECRIM. Dessa forma, pode-se perceber este instituto também como uma medida despenalizadora, uma vez que, por meio desta alteração na tipicidade da ação se é possível o oferecimento da composição dos danos civis, que conforme o art. 74 da lei 9.099/1995, se aceita, pode implicar em renúncia ao direito de queixa ou representação por parte da vítima e a sua imediata reparação do dano. E, por outro lado, despenalizar o autor da infração que poderá não responder a processo criminal, que poderia implicar em uma condenação de pena privativa de liberdade, por haver a extinção de punibilidade.

4.4 TRANSAÇÃO PENAL

Essa medida é uma ferramenta que possui juiz, de aplicar ao autor do fato, caso este e o Ministério Público aceitem uma pena restritiva de direitos ou multa. O parágrafo único do art. 60 determina a observação deste instituto durante o processo, seja no âmbito do Juízo Comum ou no JECRIM: "Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis." (BRASIL, 1995).

A transação penal tem seu amparo no art. 76 da lei 9.099/1995, embora esse termo não figure estritamente no texto legal, cuja redação é a seguinte:

> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
>
> § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.
>
> § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
>
> II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
>
> III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.
>
> § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.
>
> § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.
>
> § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.
>
> § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995).

Diante do exposto no texto legal, a transação penal só pode ser proposta pelo Ministério Público, quando a ação penal de for de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima (caput do art. 76) e consistirá na possível aplicação imediata de pena restritiva de direitos, pagamento de multa e até de cestas básicas, como já se vem praticando comumente no dia a dia forense, desde que devidamente especificada pelo Ministério Público.

Conforme elucidado no parágrafo 3º do dispositivo acima transcrito, o autor do fato deve ser assistido por advogado ou defensor público, condição de validade da transação penal que, o que na visão de muitos afasta a tese de cerceamento de defesa. Uma vez que, a transação por ser proposta, pode ou não ser aceita pelo autor do fato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A consequência do cumprimento da transação penal é a extinção da punibilidade, conforme se pode observar no texto legal:

> Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.
>
> Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial. (BRASIL, 1995).

Caso a transação acordada não seja cumprida, a pena poderá ser convertida em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, conforme determina o art. 85 da lei 9.099/1995.

Por fim, conclui-se que a transação penal é uma medida despenalizadora e sua importância se dá pelo fato de evitar o oferecimento da denúncia, poupando o autor do fato de ser processado criminalmente valendo aqui rememorar o parágrafo 6º da lei transcrita acima: "A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.".

4.5 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Também chamada de "sursis processual", significa exatamente o adiamento do processo até que alguma condição seja cumprida e, digamos que, algumas circunstâncias também sejam consideradas. Talvez, de todas as medidas despenalizadoras vistas até aqui, esta seja uma das mais evidentes e importantes. Leia-se o texto legal:

> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. (BRASIL, 1995).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Faz-se interessante destacar que o próprio legislador evoca o art. 77 do Código Penal que versa sobre os requisitos para a suspensão da pena, os quais se podem observar, a seguir:

> Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
>
> I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
>
> II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
>
> III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.
>
> § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.
>
> § 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (BRASIL, 1940).

Para Chini et all (2019, p. 308), é como se o legislador tivesse dando uma segunda chance para aquele agente processado pela primeira vez, mas conhecido popularmente como: "réu primário".

Ao contrário dos demais institutos despenalizadores, a aplicação da "sursis processual" não se limita às infrações de menor potencial ofensivo, pois o quantum de pena observado é a mínima abstratamente cominada, diferente da definição de me infração de menor potencial ofensivo que observa o quantum máximo. Ademais, possuindo o delito praticado a pena mínima de um ano, estará satisfatoriamente cumprida à exigência. Cabendo ainda frisar que, ao especificar que a pena mínima cominada for "abrangida ou não por esta Lei", o legislador fez com que esta medida se se torna híbrida, ou seja, aplicável em toda a seara penal.

Apesar de ser um excelente benefício despenalizador oferecido pelo Ministério Público em favor da reparação do dano causado a vitima (art.89, I) e possibilidade de ressocialização do infrator primário, tal medida pode ser revogada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

caso o acusado vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano condicionada pelo Juiz diante do aceite da proposta oferecida.

Por fim, expirado o período probatório, tendo o autor cumprido às condições impostas, o Juiz declarará extinta a punibilidade do autor.

CONCLUSÃO

O Juizado Especial Criminal (JECRIM) trouxe celeridade à Justiça Criminal, alcançando um dos seus principais objetivos: evitar que o suposto infrator enfrente um processo criminal que pode culminar em uma condenação, com todas as consequências negativas que uma possível condenação criminal pode trazer a um indivíduo. A lei 9099/95 representa uma verdadeira revolução no sistema judiciário brasileiro, liberando-o das amarras formais e conservadoras do processo tradicional para facilitar a eficiência e celeridade da prestação jurisdicional tendo como a mola precursora o movimento de incentivo à conciliação e mediação, que hoje, são importantes instrumentos em todas as esferas do Direito, essencial à solução pacífica dos conflitos, e representa um grande facilitador ao amplo acesso a justiça por todos os níveis da população ao dispensar os advogados em causas inferiores a 20 salários mínimos pelo Juizado Especial Civil (JEC), e nos crimes de menor potencial ofensivo cuja pena cominada não exceda a dois anos. É garantido ao suposto infrator a oportunidade de lhe ser aplicada de imediato pena restritiva de direito em lugar da pena privativa de liberdade, o que livra o suposto infrator de responder a uma ação penal e, sem admitir culpa, cumprir penas alternativas tais como: prestação de serviços a comunidade, pagamento de determinado valor para instituições de caridade (pena pecuniária), entre outras, através da Transação Penal. Esta, cujo objetivo é desburocratizar o Processo Penal, faz com que a Justiça Criminal seja mais célere na resolução de litígios e devolva à sociedade o sentimento de justiça e de amparo por parte do Judiciário. Ademais, pela experiência adquirida no Tribunal de Justiça e pela prática do cotidiano, observa-se que a Transação Penal, como medida despenalizadora, é uma iniciativa de política criminal com o intuito de diminuir o número de encarcerados e evitar que crimes "menores" prejudiquem o processo e julgamento pelo Judiciário de crimes de maior potencial ofensivo, harmonizando e diminuindo as demandas que não são poucas no sistema judiciário brasileiro, objetivando uma jurisdição mais justa, célere e atenta ao princípio da dignidade humana, cumprindo assim, seu papel constitucional.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em 06 nov.2019.

AZEVEDO, Rodrigo. Juizados Especiais Criminais - Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais – São Paulo,** Vol. 16, n. 47, p. 100, out/2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, atualização dezembro de 2015/ organização, Thandara Santos, org. II. Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf> Acesso: 28 mar. 2020.

BRASIL. Planalto. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, atualização junho de 2017/ organização, Marcos Vinícius Moura, org. II. Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso: 11 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Constituição (1988), Capítulo III - Do Poder Judiciário, Art. 98**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set.2019.

BRASIL. Planalto. **Constituição (1988), Capítulo III - Da Segurança Pública**, **Art. 144**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l6880compilada.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.259, de 12 de Julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei n o 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003, Art. 94**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto**. Lei Nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006, Art. 41**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Art. 48**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Autores de crimes contra idosos não têm direito a benefícios como conciliação ou transação penal**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154576>. Acesso em 06 nov. 2019.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada, anotada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.

CHAGAS, Cleverton Paulo das ; DIAS, Bruno Smolarek. **A transação penal à luz da hermenêutica constitucional e processual penal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791. Acesso em: 14 set. 2019.

CHINI, Alexandre. *et al*. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Lei 9.099/1995 comentada**. 2. ed. rev. Ampliada e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ESTEFAM, Andre. Direito Penal v. 1: parte geral (art. 1° a 120) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

G1. Sessão Política. Disponível em: < *http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/60-dos-presos-sem-julgamento-estao-ha-mais-de-90-dias-na-cadeia.html*> **Acesso em 02 nov. 2019.**

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MATOS, Josué Gomes Silva de. **Transação Penal, Benefício ou Confissão Espontânea?**. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/transacao-penal-beneficio-ou-confissao-espontanea.htm#sdfootnote61sym>. Acesso em 16 nov.2019.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Composição Civil dos Danos e a Ação Penal Pública Incondicionada**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_03_19.pdf>. Acesso em 16 nov.2019.

PINHO, Alexandrino Augusto Ribeiro Gomes de. **Aspectos criminais dos juizados especiais:** o Direito acessível aos pobres. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4382/2-aspectos-criminais-juizados-especiais-direito-acessivel-pobres.pdf>. Acesso: 05 nov. 2019.

PRADO, Suzane Maria. **O Direito da Vítima à Reparação dos Danos Causados Pela Infração - Artigo 387, IV, Do CPP**. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/artigosuzaneprado.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

REIS, Ismenia, **O novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1008/O-novo-conceito-de-infracao-penal-de-menor-potencial-ofensivo>. Acesso em 06 nov.2019.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais.** – 22. ed. – **São Paulo: Saraiva, 2000.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DO DISCURSO JURÍDICO: UMA ANÁLISE SOBRE TIPOS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO COM BASE NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Penal e Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA[1] (coautor)

Resumo: O objetivo do artigo é analisar os tipos e métodos de interpretação e integração das normas. Utiliza-se fundamentação teórica com base em Escolas da hermenêutica jurídica. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de hermenêutica, introdução ao estudo do direito e filosofia do direito.

Palavras-Chave: Interpretação. Integração. Hermenêutica Jurídica.

Abstract: The purpose of the article is to analyze the types and methods of interpretation and integration of the standards. Theoretical basis is used based on Schools of legal hermeneutics. It is a descriptive research, the deductive method used. It is deductive because it is an information analysis process that uses books and scientific articles to reach a conclusion about the problem. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of hermeneutics, introduction to the study of law and philosophy of law.

Keywords: Interpretation. Integration. Legal Hermeneutics.

Sumário: 1. Introdução – 2. A interpretação do direito e a hermenêutica jurídica – 3. Interpretação, aplicação e integração no direito: processos mutuamente implicados – 4. O silogismo jurídico e as funções da atividade jurisdicional – 5. Tipos de interpretação segundo a figura do intérprete – 6. Os métodos clássicos de interpretação (ou da hermenêutica tradicional) – 6.1 O método exegético, literal ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

gramatical – 6.2 O método lógico-sistemático – 6.3 O método teleológico – 6.4 O método histórico-evolutivo (histórico + sociológico) – 7. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo – 7.1 Distinções entre hermenêutica jurídica, hermenêutica científica (ou geral, ou teoria geral da interpretação) e hermenêutica filosófica (ou ontológica fundamental) – 7.2 A reviravolta hermenêutica – 7.3 Nova hermenêutica e velha hermenêutica – 8. O método de interpretação pela lógica do razoável – 9. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A hermenêutica é a "Arte da Interpretação", significa: anunciar, interpretar, esclarecer, traduzir e declarar. Provém do adjetivo grego *hermeneutike*, também se relaciona com o verbo *hermenêuein*. O Deus Hermes, Deus mensageiro dos deuses gregos, levava aos humanos as afirmações divinas, sendo por isso um mediador entre a linguagem humana e a linguagem divina. Logo, a hermenêutica está, muito provavelmente, ligada ao trabalho de Hermes, que transmutava o incompreensível em algo inteligível. Hermenêutica Jurídica é usada com frequência como sinônimo de "interpretação da norma jurídica" (Betioli, 2011, p. 375).

Para os romanos, o equivalente à palavra 'hermenêutica', era a palavra *interpretatio*, que também tem origem religiosa. Existiam os *áugures*, intérpretes que tinham como função revelar a vontade divina. Eles aconselhavam os militares, governantes, e até mesmo os civis, tendo presságios como base de suas interpretações: o apetite das galinhas sagradas, o voo dos pássaros, a disposição das vísceras de algum animal – qualquer evento natural observável poderia ser alvo de interpretações. Desses presságios, o que se destaca é a observação das partes internas de um animal – inter partes –, daí surge *interpretatio*.

A interpretação é a extração do significado de algo através de indução, determinando e entendendo o significado preciso daquilo que está sendo interpretado. Tem como finalidade a obtenção da intelecção de algo já arquitetado por outra pessoa, cujas abstrações e exteriorizações serão fundamentadas pela formação cultural e intelectual do intérprete, tendo deferência pelos limites impostos do enunciador daquilo que será interpretado.

A interpretação jurídica, contudo, vai além disso: ela visa a uma interpretação completa sobre a norma, determinando seu sentido, o correto entendimento do seu significado, sua intenção e seu alcance (Betioli, 2011, p. 376). Portanto, a interpretação jurídica corresponde a uma dogmática hermenêutica, ou dogmática da interpretação, que objetiva a criação de normas úteis que consigam resolver questões trazidas ao Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Interpretar demanda tempo e grande esforço do jurista, daí que surge a disciplina teórica da Hermenêutica Jurídica, uma disciplina metodológica que oferece ao jurista as ferramentas e os métodos para se interpretar, eis que *"só aplica bem o direito quem o interpreta bem"* (Betioli, 2011, p. 376). A Hermenêutica é uma ciência metodológica porque determina os critérios de um sistema interpretativo cujos elementos baseiam-se na observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, cujas interpretações são formuladas metódica e racionalmente para a melhor compreensão dos textos normativos. Caracteriza-se por sua natureza empírica e lógica, baseada em provas, princípios, argumentações ou demonstrações que garantam ou legitimem a sua validade. Nesse sentido, o conhecimento acumulado pela Hermenêutica Jurídica se opõe à doxa (senso comum, opinião) e deve coadunar com textos e contextos jurídicos.

As interpretações referentes aos textos jurídicos devem ser crivadas de seriedade e rigidez já que versam sobre o sentido, o alcance, e as possibilidades de compreensão das leis, das normas jurídicas e das sentenças.

No passado, contudo, as interpretações nem sempre eram feitas pelos intérpretes. O Imperador Justiniano determinara que aquele que tivesse a ousadia de aditar qualquer comentário à coleção de leis seria considerado réu de um crime de falso. Sendo exclusividade do Imperador a interpretação das leis, pois somente o autor delas é que tinha competência para interpretá-las (Betioli, 2011, p. 378).

Os romanos caracterizavam três elementos constitutivos das leis: *corpus, ratio,* e *mens*. O corpo é o símbolo pelo qual a lei se explicita, o seu significante, ou seja, a letra, a linguagem, a escrita – sua interpretação é objetivada pela interpretação literal (Gusmão, 1986, p. 270). A *ratio* de uma lei é a sua finalidade, seu objetivo, seu propósito – o *telos* –, que deverá ser perscrutada e explicitada pelo aplicador/intérprete da lei – sua interpretação é buscada pelo método lógico e pelo método teleológico (Gusmão, 1986, p. 271). E por último, a *mens* que é o sentido atribuído à lei, a sua interpretação – para fixar o sentido da *mens legis*, o intérprete deve, muitas vezes, verificar suas razões históricas (Gusmão, 1986, p. 271). Cada caso é irrepetível e único, por isso a lei deverá ser interpretada, adaptada, adequada, temperada a cada situação para que haja equidade e justiça, podendo até ser ultrapassada ou restringida. Daí pode-se dizer que o resultado da interpretação foi declarativo, extensivo ou restritivo.

Por resultado, entende-se todas as possibilidades de significação que um texto comporta, sejam elas restritas ou amplas, com maior ou menor significado e

maior ou menor compreensão; sendo compreensão as possibilidades que estão inseridas nos símbolos e que podem ser abarcadas pelo significante.

O intérprete, ainda, para melhor desenvolver o sentido do texto, pode se utilizar do método de interpretação teleológico, perguntando-se qual é a finalidade da lei, qual a sua *ratio*, qual sua razão de ser.

3. INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E INTEGRAÇÃO NO DIREITO: PROCESSOS MUTUAMENTE IMPLICADOS

A lei apresenta vários sentidos, mas só um deles poderá ser utilizado em cada caso. Esse é o primeiro e principal problema que a Hermenêutica terá de resolver: saber qual deve ser o sentido da lei para que ela possa ser aplicada, tendo o intérprete que precisar o aspecto legal preponderante.

A Hermenêutica Jurídica e a aplicação[2] são interrelacionadas. A aplicação consiste na subordinação (ou subsunção) de fatos jurídicos relevantes às disposições normativas. A interpretação fundamentará a conclusão através de argumentos logicamente concatenados; a aplicação, por sua vez, incluirá o momento de escolha à decisão (Reale, 2010, p. 297). Ao vocábulo hermenêutica dá-se um amplo sentido, que é o de interpretação, aplicação e integração do Direito (preenchimento das lacunas existentes no ordenamento jurídico); não podendo se separar a aplicação da interpretação (Betioli, 2011, p. 375).

A teoria da interpretação apresenta dois sentidos: um amplo e outro estrito. Neste, a hipótese de, no Direito existir lacunas, não é abordada, enquanto que naquele a doutrina das lacunas é bastante discutida, formulando princípios de como se deve preencher as lacunas das quais as leis não normatizam. Para o Direito, as lacunas nas leis não podem existir e não são aceitas. As lacunas são incompletudes, e algo incompleto é algo inacabado, é algo insatisfatório. A Ciência do Direito, assim como as outras ciências, aspira à completude e estende essa característica ao seu ordenamento jurídico. A lacuna será preenchida seguindo critérios normativo-jurídicos, como a analogia e o costume.

4. O SILOGISMO JURÍDICO E AS FUNÇÕES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Algumas correntes doutrinárias afirmam que o ato decisional se desenvolve a partir de um silogismo. O silogismo é uma operação lógica, um raciocínio dedutivo estruturado formalmente por duas preposições e uma conclusão (que é a inferência correta das premissas anteriores). Ele se estrutura na Lógica Formal, tendo uma premissa maior – consistindo em uma tríplice investigação –, uma menor e uma conclusão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para o silogismo jurídico, então, a premissa maior seria a norma geral e abstrata que deve ser determinada de uma forma que seja aplicável a um caso concreto – o que implica na verificação da existência da norma, na fixação de seu alcance e sentido, e na sua aplicabilidade –; a premissa menor seria o fato jurídico e sua averiguação (que deve ser feita pelas partes e orientada pelo juiz); e a conclusão seria a sentença, o resultado jurídico (a atribuição da consequência jurídica); não podendo o juiz se escusar de emitir a sentença, menos ainda alegando desconhecimento da lei. Sendo assim, o juiz passa a ter três funções: determinar a norma, aplicar a norma ao caso jurídico e emitir a sentença.

A premissa maior, por ser uma lei, uma norma abstrata e geral, deverá ser restrita pela premissa menor para que se adapte ao caso real, que seria o fato jurídico. A conclusão também deverá ser restrita pela premissa menor para que a sentença não seja arbitrária, por exemplo: aplicar a pena de homicídio a um caso de latrocínio. Contudo, não se deve reduzir a atividade judicial a um mero cálculo lógico; deve-se levar em conta os interesses e fatores psíquicos que levam o juiz a dar certa sentença.

A estrutura silogística não limita a atuação do julgador, ao contrário, ela é uma das ferramentas para se chegar ao resultado da interpretação. O que limita a atuação do julgador é a forma como ele se utiliza da estrutura silogística: ele pode se utilizar do silogismo dogmático (racional *stricto sensu*) ou pode se utilizar do silogismo extralógico (que extrapola o campo judicial e dialoga com fatores axiológicos, psicológicos etc).

Existem ainda os silogismos teóricos e práticos, cujas diferenças são apontadas pela Filosofia e pela Ciência da Lógica. Para elas, o silogismo teórico parte de perspectivas ontológicas, ou seja, seu enunciado leva a uma conclusão que apenas afirma algo, mas não regula essa coisa que se afirma; enquanto que o silogismo prático é deontológico, ou seja, inicia-se com um comando geral para o agir e conclui-se com um comando específico para o agir, sendo sua premissa maior um *dever-ser.* O silogismo jurídico é um tipo de silogismo prático.

Um exemplo simples de silogismo teórico é: se todos os homens são mortais e os gregos são homens, então os gregos são mortais. A conclusão, no silogismo teórico, é uma afirmação. Um exemplo de silogismo prático-jurídico seria: matar alguém, pena X; sendo exposta a conduta ilícita, fica pressuposto o dever de não fazê-la, e se alguém a fizer, então receberá a pena X. A conclusão nesse caso é um comando.

5. TIPOS DE INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A FIGURA DO INTÉRPRETE

A interpretação jurídica não é restrita ao juiz, sendo função exclusiva dele somente o poder de decisão/aplicação da sentença. Outros órgãos têm competência para interpretar. A classificação da interpretação jurídica se dá de acordo com o seu intérprete: existe a interpretação autêntica, a judicial e a doutrinária (pode-se falar também de interpretação administrativa, feita pelo Poder Executivo).

A Interpretação Autêntica é aquela que é feita pelo Legislador, que é feita na mesma lei ou em lei sucessiva. É um ato do Poder Legislativo e por isso tem força de lei e vale por seu caráter absoluto (Batista e Costa, 2006, p. 272). É importante ressaltar que Kelsen considera autêntica também a interpretação judicial porque esta é criadora de uma norma jurídica mesmo que seja individualizada. Para ele, a interpretação autêntica é toda aquela que cria direito (Kelsen, 2011).

A Interpretação Judicial ou Jurisdicional é aquela que é feita pelo juiz, que deve aplicar a norma ao caso concreto, essa interpretação só tem força de lei para o caso em julgamento - excetua-se o sistema anglo-americano para o qual a interpretação dispõe de obrigatoriedade geral, pois nele prevalece a força do precedente (Batista e Costa, 2006, p. 272).

A Interpretação Doutrinária, por sua vez, é a interpretação feita por um advogado, ou jurista, que ao interpretar preceitos legislativos é influenciado por doutrinas. Esta interpretação não tem caráter oficial nem público e tem suas origens nas obras dos jurisconsultos e cientistas do Direito (Batista e Costa, 2006, p. 272).

A Interpretação Administrativa é aquela que é feita pelos próprios órgãos administrativos do governo mediante pareceres, portarias, circulares, despachos etc (Betioli, 2011, p. 380).

6. OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO (OU DA HERMENÊUTICA TRADICIONAL)

O Direito, como disciplina deontológica (que dispõe sobre o dever-ser), possui a função social de solucionar conflitos. E os métodos de interpretação são instrumentos utilizados pelo Direito para viabilizar a decibilidade desses problemas. Algumas questões, no entanto, surgem dentro da Hermenêutica. Uma delas é sobre a incompletude/lacunosidade dos textos normativos. Um texto que permite várias interpretações não é um problema para a Hermenêutica. O que se torna um problema é a norma jurídica lacunosa, tendo o juiz que completar a lacuna através do costume e da analogia.

Outro problema é sobre a (pseudo)cientificidade da Hermenêutica Jurídica. A interpretação jurídica é a manifestação da vontade da autoridade competente, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tenta convencer de que aquela é a melhor interpretação para que se possa executar a lei. A interpretação, então, é subjetiva e o objeto de estudo traz sentidos diversos, sendo de incumbência da Ciência Hermenêutica descrever as possibilidades de significação. Logo, as resoluções são deturpadas e os limites da ciência são ultrapassados por se querer achar um sentido unívoco que não existe. Para Kelsen, o ato de julgar não está relacionado ao conhecimento ("eu sei"), mas sim a um ato de vontade, um ato decisional ("eu quero").

6.1 O MÉTODO EXEGÉTICO, LITERAL OU GRAMATICAL

Esse método surgiu no séc. XIX, na França, com a Escola da Exegese. Para essa escola, não existe a interpretação do "direito", mas sim a interpretação das leis, tendo como prioridade o método gramatical que se baseia no estudo do significado e alcance de cada uma das palavras da norma jurídica (Betioli, 2011, 380).

Criada com a Revolução Francesa, esse método prega o extremo apego ao prisma literal, ou gramatical, da interpretação, cuja figura do juiz era reduzida ao de "*boca da lei*". A função do juiz passou a ser a de somente aplicar a lei, se interpretá-la, pois se tentava desvincular a ideia de soberania que permeava a figura dos juízes. Para a Escola da Exegese, todas as possíveis ações futuras já estavam contempladas e normatizadas pelos códigos e pelas leis. Ainda segunda essa escola, as diferentes sentenças dadas pelos juízes ao mesmo caso se dava por dois motivos: ou por falta de ética, ou por incompetência (Reale, 2010, p. 277 – 281).

A equidade, os costumes e os princípios de um direito ideal eram excluídos da interpretação exegética, sendo levada ao limite a desenvolução da interpretação de fórmulas legais e a inquirição do interesse do legislador. A interpretação gramatical fundamenta-se na ocupação, em primeiro lugar, da lexemática da norma, ou seja, do conjunto de morfemas, palavras ou locuções que constituem um idioma, o qual a norma é expressa de forma escrita. O intérprete não pode acrescentar informações ao texto, tendo de ser fiel ao seu conteúdo e tendo de se limitar ao que o autor diz.

O direito enfrenta o problema da plurissignificação das palavras, o que permite que ocorra uma dispersão semântica. Essa dispersão pode ser amenizada fixando-se mais rigorosamente os sentidos técnicos dos termos visando à precisão conceitual, o que torna as palavras menos ambíguas e menos vagas (o correto uso das regras gramaticais, ou a ausência do uso, e sua clareza e precisão, geram ainda assim, equívocos quanto às interpretações das normas). Essa ambiguidade e vagueza podem ser constatadas, por exemplo, quando se diz que "todos são iguais perante a lei", cria-se aí uma dificuldade em se definir igualdade e lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No direito, as palavras devem ser usadas em seu sentido comum, em razão da dificuldade de se obter um código linguístico técnico. A Lei Complementar nº 95/98 versa sobre a redação e elaboração das leis, dizendo que os termos nela empregados devem ser usados em seu sentido comum, a menos quando se tratarem de assuntos técnicos, usando-se a nomenclatura própria da área que a norma legisla.

Existe ainda a crítica ao brocardo *in claris cessat interpretativo* (a lei clara não precisa ser interpretada). Essa crítica diz que a clareza existente na lei apenas enfraquece a atuação do intérprete, não o obrigando a uma interpretação literal. À interpretação literal levada ao extremo (*interpretativo in fraudem legis*) também existe uma crítica, qual seja: a interpretação literal levada ao extremo deturpa o real sentido da lei, deturpa o seu *telos*, o seu objetivo, a sua razão de ser.

6.2 O MÉTODO LÓGICO-SISTEMÁTICO

Esse método busca situar a norma dentro do conjunto do sistema jurídico, busca compreender seu sentido levando-se em conta que ela é parte de um todo (Betioli, 2011, p. 380). O método lógico, ao contrário do método exegético, não examina as palavras do texto normativo separadamente, ele examina o contexto e as proposições expressas por elas, tendo-se em foco os preceitos expostos de acordo com o todo da lei. Toma-se como um exemplo de problema lógico o uso da palavra "privativo" em "competência privativa"; em um contexto significando "delegável", em outro significando "exclusivo", ou seja "indelegável". O problema lógico aparece quando se emprega uma palavra ambígua, dissolvendo-se esse obstáculo linguístico com a análise da organização textual na qual está inserta o significante.

Os intérpretes, para tentarem se desvincular das interpretações estritamente ligadas a relações gramaticais e semânticas, utilizam-se de outros métodos para a análise de textos. O método sistemático leva em consideração o sistema jurídico global, introduzindo na interpretação elementos estranhos, pois se utiliza de outros textos para o estudo em questão. É realizado um confronto entre o texto principal estudado e outro texto da mesma lei (exame de contexto da lei), ou com os textos de outros sistemas jurídicos positivos (direito comparado), desde que todos versem sobre a mesma relação. Esse método é utilizado levando-se em conta que as normas são mutuamente influenciadas, que uma interfere na outra, ampliando ou restringindo seus princípios e significados.

6.3 O MÉTODO TELEOLÓGICO

Telos quer dizer fim, finalidade, dessa forma, o método teleológico atribui um propósito a norma e busca sua finalidade. Esse método é o mais flexível dentre todos, pois dá ênfase à participação do intérprete na representação do sentido. O direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tem a tarefa de promover a sociabilidade humana, e a norma, que é uma das expressões do direito, busca esse fim (de acordo com o método teleológico), sendo a realização concreta da justiça o fim maior do direito.

Esse ponto de vista é confirmado pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que diz que o juiz deverá, na aplicação da lei, atender aos fins sociais propostos por elas.

O direito, contudo, não pode alcançar todos os fins postulados pelas normas, pois alguns deles são mais e menos tangíveis, mais e menos abstratos do que outros.

6.4 O MÉTODO HISTÓRICO-EVOLUTIVO (HISTÓRICO + SOCIOLÓGICO)

Esse método tem inspiração na Escola Histórica de Savigny e foi criado devido aos desajustes do método *exegético*, pois começaram a aparecer várias situações não contempladas pelas normas (Reale, 2010, p. 281 - 284). Faz parte desse método a investigação das condições do surgimento da norma com o objetivo de encontrar a vontade por trás de sua criação, sendo a lei um pré-juízo psicológico. O método histórico-evolutivo cria um legislador fictício – um artifício retórico – e atribui-se a ele um querer.

Esse método contém duas falhas, a primeira delas é que não existe ninguém a se consultar para saber a sua vontade, criando-se uma conjectura de qual seria o seu interesse no momento de criação da norma; além disso, as normas são criadas por um grupo de legisladores e sua criação é um procedimento complexo, havendo abstenções, vetos, opiniões divergentes etc. A segunda falha é que, se esse legislador existisse e fosse indagado sobre sua real intenção ao criar a norma, ele teria de adaptar a sua vontade do momento de criação ao momento atual, por conseguinte, a norma criada por ele no momento atual seria diferente.

O método histórico-evolutivo de interpretação compara as normas antigas às normas que as sucederam para que se possa compreender o contexto e as condições em que foram criadas, pois é impossível separar o momento de elaboração de uma norma do momento de aplicação da mesma, essas duas circunstâncias são inextrincáveis. É por isso que se faz mister o estudo sobre a História do Direito, sobre os institutos jurídicos e sobre o Direito Romano.

Savigny diz que os métodos de interpretação não são excludentes entre si, nem existe hierarquia entre eles; eles fazem parte da interpretação jurídica em si. Contudo, Engisch afirma que Savigny quis apenas ser prático. Engisch assevera que na prática cada método de interpretação pode levar a resultados distintos – e que o melhor método depende do arbítrio do intérprete.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

7. A SUPERAÇÃO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO MEDIANTE PURO RACIOCÍNIO LÓGICO-DEDUTIVO

7.1 DISTINÇÕES ENTRE HERMENÊUTICA JURÍDICA, HERMENÊUTICA CIENTÍFICA (OU GERAL, OU TEORIA GERAL DA INTERPRETAÇÃO) E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA (OU ONTOLOGIA FUNDAMENTAL)

A Hermenêutica, primeiramente, surgiu como uma disciplina auxiliar cujo objetivo era o estudo de textos (Hermenêutica Bíblica e Jurídica). Depois, no séc. XIX, passa a ser um instrumento das Ciências Históricas (ciências que tem por objeto de estudo a cultura e não a natureza) para justificar seus pressupostos, seus métodos e seus fundamentos, criando-se assim a Hermenêutica Científica (ou *Geral*) – passando a ser uma espécie de "metaciência" e perdendo seu caráter de disciplina isolada cujo único objetivo era o de se interpretar textos.

A Hermenêutica ganha destaque, ficando ao lado das outras ciências da enciclopédia ocidental. Ernst *Schleiermacher* e Wilhelm Dilthey a colocam como uma "epistemologia da história". A Hermenêutica, então, desvincula-se das metodologias das outras ciências históricas e passa a ter uma metodologia própria destinada a compreensão das ciências da cultura (história, filologia, direito, teologia etc). O objetivo das ciências da cultura não é a explicação ou o domínio da natureza, mas sim a apreensão do seu sentido para que se possa entender a cultura.

A Hermenêutica, no séc. XX, desenvolve uma acepção radical, passando a se chamar Hermenêutica Filosófica ou Ontologia Fundamental da existência humana. Ela afirma que não se pode cientificizar a capacidade/liberdade de compreensão, pois o homem já se compreende no mundo através da linguagem com o decorrer de sua vida. O pensador alemão Martin Heidegger é o principal filósofo a discorrer sobre esse assunto, assim como seu discípulo Hans Gadamer. Para eles, a possibilidade de separar o sujeito do conhecimento do seu objeto de estudo é uma falácia, pois os dois estão ligados *por* um contexto inicial, não se podendo iniciar o estudo desse objeto com neutralidade. No plano da cultura, existe o autor, que já tem sua obra construída e o intérprete, que busca o sentido do texto; os dois, no entanto, estão inseridos, envolvidos, em um contexto histórico que influencia em suas experiências e em suas interpretações.

Gadamer dizia que ou você busca um método para se obter a verdade, ou você vive a própria verdade. Esse *método* cria a falsa impressão no intérprete de que ele pode se colocar como alheio ao se estudar um texto.

A *Hermenêutica* Jurídica cria essa mesma falsa impressão. O juiz, antes mesmo de se utilizar dos métodos para interpretar um texto jurídico, já está envolvido com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ele, já o está interpretando. Os textos jurídicos foram criados por pares, pessoas semelhantes aos juízes que compartilham com eles o mesmo universo simbólico, o mesmo contexto, o mesmo momento. Por isso não há como se emitir uma decisão jurídica com neutralidade.

7.2 A REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA

A Hermenêutica Jurídica é uma disciplina onde se pode encontrar o direito sendo aplicado. E essa aplicação é a aplicação de uma norma feita no passado com uma ação juridicamente relevante feita no presente. O juiz põe a Hermenêutica em prática a partir do momento em que interpreta um texto e se sabe legitimado para a complementação do direito de acordo com o sentido original do texto legal.

Quando um juiz emite uma sentença, exige-se que ele apresente as razões que o levaram a decidir daquela maneira, mesmo que ela não derive do texto legal, mesmo que seja uma razão diferente da *razão* da lei. O juiz, ao decidir, deve se colocar no lugar do legislador, como se estivesse aplicando o imperativo categórico kantiano à norma, como se estivesse estatuindo um comportamento universal para toda a sociedade.

É fundamental que se separe o momento de justificação do momento de aplicação da norma. Esses momentos apresentam procedimentos éticos diferentes. A justificação da norma está relacionada ao plano da validade, enquanto que a aplicação da norma está relacionada ao plano da efetividade, sendo que a coerência da justificação da norma deve ser reelaborada no momento de sua aplicação; isso se deve porque, no mundo jurídico, a declaração legal é o ponto de partida para que ocorra a realização de um direito. Essa declaração pode, contudo, impossibilitar a coerência normativa, pois, no ato de se decidir quais serão os direitos de uma pessoa, os julgamentos éticos são feitos dentro de um curto período de tempo e com um conhecimento limitado sobre as questões morais. Assim, o que foi colocado como uma norma válida para todas as pessoas, o foi limitado pelo tempo e pelo conhecimento, o que gerará mais problemas, pois, no momento de aplicação da norma, outras variáveis surgirão para modificar o resultado final.

A equidade encontra-se no direito como um dos fatores que guiam um jurista à justiça e o ajudam a superar as lacunas existentes nas leis (Betioli, 2011, p. 298), sendo mal entendida no direito contemporâneo devido a várias outras concepções e termos que permeiam o mundo jurídico. Aristóteles, em "Ética a Nicômaco", mostra-nos dois tipos de equidade: a equidade que corrige a lei, pois às vezes ela se desvia do seu objetivo por ser universal; e a equidade realizada pelo homem equitativo que busca, através de suas ações, exercer a justiça, ele faz isso quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

toma para si menos do que lhe é devido, mesmo quando a lei permite que ele tome mais. A lei é universal, mas não é possível se fazer afirmações universais já que certos casos particulares não se encaixaram no paradigma normatizado por aquela lei (a lei levará em consideração o caso mais frequente).

A lei (justiça universal) e a equidade, juntas, formam a justiça absoluta, sendo esta última uma justiça que corrige a primeira. A instituição jurídica contemporânea impõe a equidade à decisão do aplicador do direito, sendo reformulada pelo princípio da proporcionalidade.

7.3 VELHA HERMENÊUTICA E NOVA HERMENÊUTICA

A Hermenêutica Cientifica tentava anular o trabalho do intérprete para se chegar a um resultado objetivo, então ela estabeleceu condições para que isso ocorresse. A hermenêutica jurídica não se afastou disso.

Com as críticas feitas pela Hermenêutica Filosófica, os teóricos do direito tiveram que se afastar das metodologias empregadas pela hermenêutica jurídica. Começa-se a falar em uma nova hermenêutica e uma velha hermenêutica jurídica. Essa nova hermenêutica jurídica utiliza as bases da hermenêutica velha para se estabelecer. Surge, assim, uma "nova hermenêutica" cujos intérpretes têm maior liberdade para interpretar, podendo emitir interpretações menos técnicas.

Os antigos métodos de interpretação (sem nenhum detrimento aos métodos de interpretação tradicionais) continuam sendo usados, principalmente pelas Cortes Constitucionais para uma interpretação mais consistente sobre a Constituição.

8. O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO PELA LÓGICA DO RAZOÁVEL

A Lógica é uma parte da Filosofia que trata das formas do pensamento em geral e das operações intelectuais que visam à determinação do que é verdadeiro ou não, sendo a ciência das leis que regem o raciocínio correto. A Lógica Formal, também conhecida como Lógica Aristotélica, estuda os conceitos, julgamentos e raciocínios abstraídos dos objetos que designam e das leis do pensamento. Essa lógica tem como base os princípios da identidade, do terceiro excluído, da não contradição e da razão suficiente. Contudo, a Lógica Formal pode chegar a conclusões não corroboradas pelo plano dos fatos.

O Direito, contudo, por ser uma disciplina deontológica, ou seja, por levar em consideração os valores dos atos, não absorve muito bem os juízos formais da lógica. As aplicações das normas jurídicas levam em conta a vida humana e seu valor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

intrínseco, não se podendo tratá-la como um simples objeto de uma atividade intelectiva.

Luis Recaséns Siches, jusfilósofo espanhol, contesta a superação dos métodos de interpretação pelo raciocínio lógico-dedutivo com a sua tese da Lógica do Razoável. Ele propõe que o silogismo jurídico seja guiado não pela lógica tradicional, mas pela lógica do razoável, que oferece outra perspectiva ao valor da vida e das relações humanas. Siches afirmava que o julgador se sentia na obrigação de legitimar suas decisões através dos mais variados métodos (analógico, literal, histórico etc).

Um juiz imputa juízos de valor aos atos humanos, não imputa somente valores cognitivos. É disso que a lógica do razoável trata: da impregnação de pontos de vistas estimativos e critérios valorativos às experiências humanas. Dessa forma, o juiz formula normas concretas e singulares que possam se adequar ao caso em questão. Ao tratar a situação dessa maneira e produzir essa norma, o juiz adquire um papel legítimo. A sentença não é uma simples descrição da realidade e dos fatos, ela é antes uma suposição de juízo de valor.

Siches contribuiu substancialmente com a sua tese da Lógica do Razoável, graças ao seu trabalho surgiram movimentos como o construtivismo judicial e o ativismo judicial, e sem o seu trabalho os julgadores continuariam a defender a tese do silogismo dogmático – para o qual o silogismo jurídico consistiria em inferências de normas abstratas para o plano concreto, o que para Siches seria um falseamento da realidade.

9. CONCLUSÃO

A hermenêutica, vista por muitos como uma matéria de estudos secundária, ocupa papel de destaque na área jurídica, pois que é um instrumento de determinação do conteúdo, significado e significante, não só de leis e normas, mas também do ordenamento jurídico como um todo. A lei, a norma e o ordenamento jurídico são, e possuem em si, elementos de plurissignificação, entretanto, a hermenêutica jurídica, que se opõe à *doxa* (*senso comum*), fornece aos juristas, intérpretes e julgadores um método de identificação, explicação, observação de fenômenos jurídicos, indicando, igualmente, o caminho para aplicação do direito, e indicando assim o significado da lei/norma que será aplicado.

Para além da sua função interpretativa, indicando o melhor significado quando uma lei/norma possuir mais de um, a hermenêutica também possui uma função integradora, possibilitando ao intérprete e aplicador que preencha as supostas lacunas encontradas na lei/norma. Dessa forma, por ser alvo de intenso debate ao longo da história, a disciplina hermenêutica passou por várias mudanças aqui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apresentadas, evoluindo e se transformando ao longo do tempo: passou-se dos métodos clássicos de interpretação (literal, gramatical, exegético; lógico-sistemático; teleológico; histórico-evolutivo) para uma hermenêutica valorativa, que deu origem ao ativismo judicial e construtivismo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique. Et al. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO.* 11ª Edição. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1980.

BATISTA, Rosangela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO.* Juazeiro: Ed. e Gráfica Franciscana, 2006.

BETIOLI, Antonio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO.* 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

BORGES, Wilson Hilário. *DECISÃO SOCIAL E DECISÃO JURÍDICA.* Uma teoria crítico-historicista. São Paulo. Germinal Editora. 2000.

BROCHADO, Mariá. *APONTAMENTOS SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA.* Revista Jurídica Virtual. Presidência da República (Cessou em 2005. Cont. 1808-2807 Revista Jurídica (Brasília. Online)), v. 13, p. 227-262, 2011.

CRETELLA JR., José. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO.* Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1984.

DEL VECCHIO, Giorgio. *LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO.* 5ª Edição. Coimbra. Colecção Studium. 1979.

GILISSEN, John. *INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO.* Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1986.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO.* 11ª Edição. Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1986.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO.* 6ª Edição. São Paulo. EDITORA ATLAS S.A. – 2011.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha; tradução de Manuel Seca de Oliveira. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

KELSEN, Hans. *TEORIA PURA DO DIREITO.* 8ª Edição. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2011.

RADBRUCH, Gustav. *FILOSOFIA DO DIREITO.* 6ª Edição. Coimbra. Colecção Studium. 1979.

RÁO, Vicente. *O DIREITO E A VIDA DOS DIREITOS.* 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999.

REALE, Miguel. *LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO.* 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

SALDANHA, Nelson. *FILOSOFIA DO DIREITO.* Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

SALMOM, Wesley C. *LÓGICA.* 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Zahar.1981.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.* JUS NAVIGANDI. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/133/interpretacao-conforme-a-constituicao>. Acesso em: 08 fevereiro 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito.* 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NOTAS:

[1]Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

[2] Aplicação provém de *applicare*, que significa juntar, enroscar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRAZO DECADENCIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

RAIMUNDO FRANCISCO FILHO: É professor, graduado em Letras pela UPE - Universidade de Pernambuco, graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE, pós-graduado em Práticas de Ensino em Língua Portuguesa pela UPE e em Direito Tributário pela UNAMA - Universidade da Amazônia, Auditor Fiscal do município de Juazeiro-BA, ex-secretário da Fazenda do Município, ex-Diretor Presidente do Instituto de Previdência do Município e ex-membro do Comitê Gestor do Simples Nacional, indicado pela CNM - Confederação dos Municípios.

RESUMO: Este artigo focaliza o instituto do prazo decadencial em matéria tributária e tem como objetivo a busca do entendimento dominante acerca do *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário. É o resultado de uma pesquisa documental e qualitativa, onde se adotou como metodologia a análise da literatura pertinente, como as disposições do Código Tributário Nacional, livros e artigos de doutrinadores e a jurisprudência do STJ. Da análise, chegou-se ao entendimento de que o quinquênio decadencial tem como termo inicial para sua contagem, a data da ocorrência do fato gerador para os tributos de lançamento sujeito a homologação, quando verificada a antecipação do pagamento, desde que não ocorra dolo, fraude ou simulação. Na ausência de pagamento antecipado, ou verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o termo inicial é o primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, igual ao dos tributos sujeitos a lançamento direto.

Palavras-chave: tributo; fato gerador, prazo decadencial.

Sumário: 1. Introdução; 2. O nascimento da Obrigação e do Crédito Tributários; 3. Lançamento Tributário; 3.1. Lançamento Direto; 3.2. Lançamento por Declaração; 3.3. Lançamento por Homologação; 4. Prazo Decadencial; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As inúmeras divergências e discussões entre doutrinadores e jurisprudência acerca do instituto da decadência em matéria tributária, deram causa ao nascimento deste trabalho em busca do entendimento dominante a esse respeito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Luciano Amaro (1999), Hugo de Brito Machado (2007) e Kiyoshi Harada (2002) entre outros, defendem a tese de que para os impostos sujeitos a lançamento por homologação o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial é a data da ocorrência do fato gerador, sempre que houver pagamento antecipado, desde que não haja dolo, fraude ou simulação. Art. 150, § 4º do CTN. Na ausência de pagamento ou verificada uma das ocorrências retrocitadas, aplica-se a disposição do artigo 173, I do CTN, qual seja, o termo inicial para a contagem do quinquênio é o primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Entretanto, há quem sustente, a exemplo de Carlos Mário da Silva Veloso (apud Luciano Amaro, 1999), que o prazo para o lançamento por homologação, na ausência de pagamento, teria início a partir do exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir da data do fato gerador. Ou seja, na ausência de pagamento antecipado, conjugar-se-iam os prazos previstos nos artigos 150, § 4º e 173, I todos do CTN. Nessa esteira, o STJ, através de suas turmas, unificou jurisprudência até o ano de 1999.

Contudo, a partir de maio de 2000 o STJ começa a dá sinais de mudança desse entendimento, firmando a tese de que o prazo decadencial é de cinco anos contados da data do fato gerador - art. 150, § 4º -, ou do primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, na ausência de pagamento – art. 173, I. Portanto, afastando a hipótese de conjugação dos prazos previstos nos artigos supracitados.

Neste artigo fazemos uma abordagem do tema, partindo do fato gerador, passando pelo nascimento da obrigação tributária, pelo lançamento e pela consequente constituição do crédito tributário. E, por fim, detivemo-nos ao tema específico, que é o prazo decadencial, chegando, ao final, ao entendimento daquele que consideramos como entendimento predominante.

2. O NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO E DO CRÉDITO TRIBUTÁRIOS

Estatui o artigo 113 da Lei 5.172 de 1966 – Código Tributário Nacional, que a obrigação tributária surge com a ocorrência do Fato Gerador. E disso não há discordância. Concordam os mais renomados doutrinadores que a ocorrência de um fato descrito na norma abstrata, as hipóteses de incidência, faz nascer a obrigação tributária.

Entretanto, discussões existem acerca da relação existente entre a obrigação tributária e a constituição do crédito tributário.

Para Luciano Amaro (1.999, p.316), o crédito tributário só se constitui com a efetivação do ato formal pelo sujeito ativo, previsto em lei, que é o lançamento. Citando como exemplo o IPTU, que tem como hipótese de incidência, a propriedade de imóvel em área urbana. A propriedade do imóvel, por si só, constitui a ocorrência do fato gerador, que dá origem à obrigação tributária. Entretanto, nesse momento ainda não se pode falar na existência de crédito tributário. Este, só nasce com o lançamento, procedimento através do qual é estabelecido o *quantum debeatur* e o torna exigível do sujeito passivo da ralação jurídica. Nessa relação jurídica, figuram, no pólo ativo o Município, e no pólo passivo o proprietário do imóvel.

Kiyoshi Harada (2002, p.438), traz à baila que renomados tratadistas criticam a redação do art. 139 do CTN, que prescreve o crédito tributário como sendo decorrente da obrigação principal e que tem a mesma natureza dela. Para tais críticos, "o crédito tributário nasce juntamente com a obrigação tributária, subsiste e se extingue simultaneamente com ela". Para Kiyoshi Harada, a ocorrência do fato gerador faz surgir a obrigação tributária, que instaura o vínculo jurídico entre o sujeito ativo e sujeito passivo, cabendo ao sujeito ativo, através do lançamento fiscal, previsto no artigo 142 do CTN, constituir o crédito tributário.

Assim sendo, pode-se entender o crédito tributário como sendo o resultado da formalização da obrigação tributária através do lançamento, uma vez que é através do ato/procedimento de lançar que se estabelece o valor e sua liquidez exigível, no prazo determinado pela lei. Como bem define Kiyoshi Harada, pode existir obrigação tributária sem crédito tributário, mas não haverá crédito tributário sem que tenha havido antes uma obrigação tributária. Destarte, em que pese a afinidade entre os dois eventos, não parece sustentável a tese de que ambos nascem, subsiste e se extinguem simultaneamente. Isso porque, pode haver a ocorrência de um fato gerador que dará origem à obrigação tributária e que, por falta do lançamento fiscal, decorrido um determinado lapso temporal, previsto em lei ocorre a decadência, de que trataremos mais adiante, e o sujeito ativo perde o direito de proceder ao lançamento e, consequentemente, de constituir o crédito tributário.

Em resumo de tudo que até aqui dissemos, pode-se afirmar que, ocorrido o fato gerador, nasce a obrigação tributária. Entretanto, se não for efetuado o lançamento durante o lapso temporal de 05 anos, que constitui o prazo decadencial, decai o direito de a Fazenda fazê-lo e constituir o crédito, ou seja, sem lançamento não há que se falar em crédito tributário. Essa é, portanto a razão das críticas de doutrinadores, a exemplo de Luciano Amaro, às disposições do CTN, no seu artigo 156 que classifica a decadência como sendo uma das modalidades de extinção do crédito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ora, se ocorreu a decadência é porque não houve lançamento, e se não houve lançamento, o crédito se quer nasceu. Se o crédito não nasceu, não se poderia falar em extinção de algo inexistente. Na verdade, o que se extingue é o direito de a Fazenda de constituir o crédito.

Este entendimento tem supedâneo nas palavras de Luciano Amaro, que chama de impropriedade semântica, o uso da decadência como sendo causa de extinção de crédito tributário.

3.LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Prescreve o artigo 142 do CTN que o lançamento é atividade privativa da autoridade administrativa, tendente à constituição do crédito tributário. Assevera o citado dispositivo, no seu parágrafo único, que o lançamento é atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento é, portanto, o procedimento administrativo através do qual o agente competente procede à averiguação da subsunção do evento concreto à hipótese de incidência. É o momento em que deve ser definida a base de cálculo, a alíquota a ser aplicada, previstos em lei, e a identificação do sujeito passivo, que ao final será cientificado da constituição do crédito, que deverá ser pago no tempo determinado pela lei.

Há de se ressaltar, porém, que, conforme destaca o eminente professor Eduardo Sabbag (2019, p. 949), o lançamento nos termos do sobredito artigo 142 não é mais a única maneira para a efetivação do crédito tributário, em face da já consolidada Súmula nº 436 do STJ. *(A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco).*

Portanto, o preenchimento e entrega da declaração pelo contribuinte, implica no reconhecimento do débito fiscal e constitui o crédito tributário, dispensando o procedimento administrativo de que trata o aludido artigo 142.

Mas o lançamento nos termos, do supracitado artigo 142 não poderá ser feito a qualquer tempo, o legislador estabeleceu que após decorrido um determinado lapso temporal, sem que a Fazenda tenha procedido ao lançamento, perderá o direito de fazê-lo e de constituir o crédito.

Prescrevem os artigos 144 e 145 do CTN que "o lançamento deve reportar-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ainda que posteriormente modificada ou revogada", e que "o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só poderá ser alterado em virtude:

> "I – impugnação do sujeito passivo;
>
> II – recurso de ofício;
>
> III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos em lei".

Portanto, o lançamento só pode ser considerado definitivo, depois de decorrido o prazo legal para impugnação, sem que haja manifestação em contrário, do sujeito passivo. Não há, obviamente, lançamento provisório, mas enquanto não decorrido o prazo legal, que é, normalmente de 30 dias, para a impugnação, o lançamento permanece sujeito à modificação. Com a definitividade do lançamento, tem-se como definitiva a constituição do crédito líquido e certo exigível pela Fazenda Pública.

O Código Tributário Nacional alberga três tipos de lançamentos: o lançamento direto ou de ofício, o lançamento misto e o lançamento por homologação.

3.1 LANÇAMENTO DIRETO

ambém entendido como lançamento de ofício, o lançamento direto é efetuado pelo agente público sem que haja a participação do sujeito passivo. Nessa modalidade de lançamento, o Fisco age por conta própria, identifica o sujeito passivo, a ocorrência do fato gerador, a matéria tributária, o valor do imposto devido e promove a notificação. Art. 149 do CTN. Como exemplo de imposto de lançamento direto pode-se citar o IPTU e o IPVA.

O lançamento direto pode, ainda, ser originário de um imposto sujeito a lançamento por homologação, que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame do Fisco. Não havendo essa antecipação, ou procedendo o sujeito passiva em desconformidade com o que prescreve a legislação, tal lançamento deixa de ser feito por homologação passa a ser feito de ofício pela autoridade fiscal, que deve apurar o montante do imposto devido e notificar o sujeito passivo.

3.2 LANÇAMENTO POR DECLARAÇÃO

O lançamento por declaração, também compreendido com lançamento misto, tem características muito parecidas com o lançamento *ex offício*, sendo que o lançamento de ofício é um direito potestativo da Fazenda, ou seja, o agente fiscal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

age unilateralmente, efetua o lançamento independentemente de manifestação do sujeito passivo/contribuinte ou de terceiros, enquanto que no lançamento por declaração, conforme prescreve o artigo 147 do CTN "o lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributário, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação".

Conforme leciona o ilustre professor Eduardo Sabbag (2019, p. 967), esse tipo de lançamento se configura pela conjugação entre Fisco e contribuinte, onde ao contribuinte compete apresentar as informações necessárias para o lançamento e ao Fisco a efetivação do lançamento propriamente dito.

Destaca o mestre como tributos cuja constituição do crédito se dá por esse tipo de lançamento, o IE – imposto de exportação, o II – imposto de importação, o ITBI e o ITCMD.

A declaração do contribuinte é um dever instrumental, ou obrigação acessória, conforme define o CTN no artigo 113, § 2 º, do sujeito passivo ou de terceiro, como por exemplo, o pai, o tutor, o curador ou o administrador. Mas a declaração não constitui o lançamento. Este é ato exclusivo da autoridade administrativa. Já a atividade de efetivação do lançamento praticada pelo agente público, a partir de tais informações, em nada se difere do lançamento direto.

3.3 LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANÇAMENTO

Estabelece o artigo 150 do CTN:

> "O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa".

É o lançamento por homologação a modalidade aplicável à maioria dos tributos previstos na legislação nacional, e o que mais discussões tem suscitado entre os doutrinadores e a jurisprudência.

Como frisa Luciano Amaro, há uma multiplicidade de fatos geradores, de caráter instantâneo, como por exemplo, os tributos indiretos e os tributos sujeitos à retenção na fonte, aos quais a lei dá um tratamento diferenciado dos demais, atribuindo ao contribuinte e/ou ao tomador de serviços a obrigação de, àquele,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

antecipar o pagamento do imposto e, a este, fazer a retenção do imposto na fonte - no caso dos tomadores de servos sujeitos por lei a este procedimento - sem prévia manifestação do Fisco, sem que o sujeito ativo proceda ao lançamento para tornar exigível a prestação tributária.

Até aqui, tem-se como compreensível essa posição do legislador, dada a grande quantidade e intangibilidade desses tributos. Se assim não o fosse, teria a Fazenda que ter um número inimaginável de agentes fiscais para alcançar todos esses contribuintes e proceder aos respectivos lançamentos e consequentemente à constituição dos créditos, tornando-os exigíveis.

Entretanto, não havendo antecipação ou retenção na fonte, ou ainda, procedendo o sujeito passivo ou terceiro responsável em desconformidade como o que prescreve a legislação, tal lançamento deixa de ser feito por homologação e passa a ser efetuado de ofício pela autoridade fiscal, que após apurar montante do imposto notificará o sujeito passivo. Havendo, contudo, pagamento antecipado com valor menor que o apurado pelo Fisco, o lançamento direto será procedido apenas da diferença a recolher. Relativamente à parte em que o valor foi antecipado, o lançamento permanece por homologação, ou seja, o Fisco homologa a atividade relativa à parte antecipada e lança de ofício a diferença a recolher.

Na hipótese de não haver manifestação do Fisco durante o lapso temporal de 05 anos, considera-se tacitamente homologada a atividade de apuração e recolhimento do imposto feita pelo contribuinte.

Quanto às discussões suscitadas, Luciano Amaro diz que o Código Tributário Nacional "teve de construir, com enorme dose de artificialismo, a idéia do lançamento por homologação", para Hugo de Brito Machado, trata-se de "ficção científica", já que o próprio CTN prescreve que o lançamento é atividade privativa da autoridade administrativa. Para Luciano Amaro, melhor seria considerar a hipótese de pagamento antecipado, como de lançamento desnecessário.

Para Eduardo Sabbag (2019, p. 1116), no lançamento por homologação, havendo uma antecipação de pagamento, o Fisco tem um prazo decadencial de 5 anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador para homologá-lo. Transcorrendo *in albis* o lustro decadencial, sem que se faça uma conferência expressa, ocorrerá o procedimento homologatório tácito, "segundo o qual perde o Fisco o direito de cobrar uma possível diferença".

Assevera o professor que "Nesse ponto, transborda o instituto da **decadência nos lançamentos por homologação**." E que após os 5 anos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

havendo a homologação tácita, nas palavras do mestre, "vem a reboque" a perda do direito de lançar de ofício eventuais diferenças que venham a ser posteriormente identificadas.

Não obstante a importância dessa discussão, não nos aprofundaremos nela, uma vez que o objeto específico de estudo deste artigo é o instituto do prazo decadencial, o que passaremos a estudar.

4.PRAZO DECADENCIAL

Parta que não perdure *ad infinitum* o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário e por imposição do princípio da segurança jurídica, o legislador estabeleceu limites temporais para a Fazenda constituir o crédito tributário, findo esses prazos, fenece o direito do poder público. Na dicção de Hugo de Brito Machado Segundo, "tais prazos foram batizados de decadenciais, que não se suspendem nem se interrompem".

O eminente professor Eurico de Santi (2000, p. 39) assim define a decadência:

> "A decadência do direito do Fisco corresponde à perda da competência administrativa do Fisco para efetuar o lançamento tributário, e a decadência do direito do contribuinte corresponde à perda do direito de o contribuinte pleitear administrativamente o débito do Fisco."

Os prazos decadenciais estão definidos especificamente em dois artigos do Código Tributário Nacional: 150, §§ 1º e 4º e 173, I e II.

Devendo-se ressaltar, contudo, que, conforme aduz Leandro Paulsen (apud Sabbag, 2019, p.992) "a regra do § 4º é especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não havendo que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos (...)". "Ou é o caso de aplicação da regra especial ou da regra geral, jamais aplicando-se as duas no mesmo caso." (PAULSEN, 2017, p.1198). Portanto, a regra especial e a regra geral se opõem.

Não obstante a aparência de um tema simples, diante de uma análise não criteriosa dos supracitados dispositivos legais, na verdade, a interpretação mais detida desses dispositivos e sua correlação com instituto do prazo decadencial têm suscitado muitas discussões entre os doutrinadores e o judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Preceitua o artigo 150, § 4º, *in verbis:*

> "Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
>
> § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.
>
> (...)
>
> § 4 º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente, extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Procedendo-se a uma análise mais acurada desses dispositivos, correlacionando-os ao artigo 142 do mesmo diploma legal, que prescreve que somente a autoridade administrativa pode constituir o crédito tributário através do lançamento, perceber-se-á o descompasso entre eles. Primeiro, porque o *caput* do artigo 150 fala em homologação expressa da atividade exercida pelo obrigado, qual seja, apurar o valor do imposto e efetuar o pagamento, por sua conta e risco. Segundo, porque o § 4º do mesmo artigo diz que, diante do silêncio da Fazenda, considera-se homologado definitivamente o lançamento. Ora, diante da ausência de manifestação da autoridade administrativa, não se poderia falar em lançamento nem homologação tácita, uma vez que não haveria lançamento, já que só a autoridade administrativa pode fazê-lo. Pode-se desde logo depreender que nesses casos há impropriedade semântica de termos. Mas esses não constituem os problemas mais relevantes levantados acerca de sua interpretação. As discussões são concernentes ao *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial. Quanto à possibilidade de a lei fixar outro prazo, de que dispõe o § 4º supracitado, o entendimento de Hugo de Brito Machado e de Luciano Amaro, entre outros, é que, em se tratando de prazo diferente de cinco anos, esse prazo teria que ser sempre menor.

Vale ainda destacar que, como dito alhures no título Lançamento Tributário, o lançamento nos termos do sobredito artigo 142 não é mais a única

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

maneira para a efetivação do crédito tributário, em face da já consolidada Súmula nº 436 do STJ. *(A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco).*

Uma vez que o preenchimento e entrega da declaração pelo contribuinte, implica no reconhecimento do débito fiscal e constitui o crédito tributário, dispensando o procedimento administrativo de que trata o aludido artigo 142.

De forma mais genérica, determina o artigo 173:

> "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito extingue-se após cinco anos contados:
>
> I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
>
> II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado."

A partir daqui surgem duas interpretações distintas, a da doutrina majoritária e a do Superior Tribunal de Justiça.

Para doutrinadores como Luciano Amaro, Hugo de Brito Machado e Kiyoshi Harada, aplicam-se os dispositivos do artigo 150 do CTN nas hipóteses de impostos sujeitos à homologação, quando houver a antecipação do pagamento, em não havendo pagamento, aplica-se a regra geral estabelecida pelo artigo 173 do mesmo diploma legal, que é mais abrangente e aplicada aos tributos sujeitos aos lançamentos de ofício e por declaração. Isso porque na ausência de pagamento ou pagamento a menor, ou ainda, ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o lançamento será feito de ofício.

Para esses autores, o prazo decadencial para os tributos sujeitos à homologação é de cinco anos contados a partir da data do fato gerador para os casos em que haja antecipação do pagamento. Não havendo pagamento, aplica-se a regra geral aplicada aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício e por declaração, que é de cinco anos contados a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Art. 173. I do CTN. Mais a coisa não é tão simples como parece ser, ainda há muita controvérsia entre os juristas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Exemplificando, conforme o fizeram, na mesma linha de raciocínio Luciano Amaro e Sacha Calmon Navarro Coelho, imaginemos as seguintes hipótese:

I – Um fato gerador ocorrido em 10 março de 2012, de um tributo sujeito a lançamento direto ou por declaração, o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial é 1º de janeiro de 2013. Portanto, neste caso o Fisco tem até 31 de dezembro de 2017 para constituir o crédito tributário, não o fazendo, em 1º de janeiro de 2018, decai o direito de fazê-lo. Art. 173, I do CTN.

II – Se, contudo, esse mesmo fato gerador for de um tributo sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se as disposições do *caput* e § 4º do artigo 150 do mesmo diploma legal. Neste caso, o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial é a data do fato gerador, ou seja, 10 de março de 2012, decaindo, portanto, o direito de o Fisco constituir o crédito em março de 2017. Salve se constatada a ausência de pagamento ou verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, hipótese em que se aplica a regra do art. 173, I supracitado.

Hugo de Brito Machado (2007) afirma que há inúmeras controvérsias entre os tributaristas acerca do que dispõe o inciso I do artigo 173 do Código tributário Nacional, mas acredita ser predominante, o entendimento pelo qual o prazo decadencial se inicial no primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado. Desde que o sujeito passivo não tenha sido notificado de alguma medida preparatória indispensável ao lançamento, nesse caso o início do prazo decadencial é antecipado à data da notificação. Se, contudo, a notificação for feita após o início do prazo decadencial, "não o interrompe, nem o suspende".

Em outras palavras, se o contribuinte for notificado da apuração e do lançamento do *quantum*, ainda no exercício em que tenha ocorrido o fato gerador, não havendo impugnação por parte do contribuinte, considera-se definitivamente constituído o crédito tributário e dá início a partir de então a contagem do prazo prescricional.

Uma outra discussão destacada pelo autor, diz respeito ao momento em que se deve considerar exercido o direito de constituir o crédito tributário. E destaca que "segundo algumas correntes doutrinárias, esse momento seria:"

"a) aquele em que o fisco determinasse o montante a ser pago e intimasse o sujeito passivo para fazê-lo;"

"b) a decisão, pela procedência da ação fiscal, em primeira instância administrativa;"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"c) a decisão definitiva em esfera administrativa;"

"d) a inscrição do crédito tributário em dívida ativa."

Hugo de Brito segue a sua análise a cada um dos casos aqui elencados. Para ele, a alternativa "a" estaria considerando um simples auto de infração, como lançamento. Esse entendimento não se sustenta, haja vista a possibilidade de interposição de ato impugnativo formulado pelo sujeito passivo.

Para os que se colocam na posição "b" "o auto de infração ainda não seria um lançamento, por lhe faltar o pronunciamento da autoridade administrativa com poder decisório e não tendo sido assegurado ao sujeito passivo, o direito de defender-se". Portanto, não parece ter sustentação.

Como destaca e defende o ilustre professor, a posição "c" é a que parece mais coerente e sustentável. Na dicção do mestre, "somente quando a Administração, que é parte no procedimento e é quem efetua o lançamento, não mais admite discuti-lo pode-se considerar consumado o lançamento."

E, por fim, a posição "d", a inscrição em dívida ativa. Aqui não se trata de procedimento tributário, mas sim de ato tendente a dar ao crédito tributário a condição de exequibilidade, com a emissão da respectiva certidão de inscrição, que tem o condão de título executivo.

O STJ, por sua vez, editou jurisprudência, que durou até o ano de 1999, *data maxima venia*, absurda, em que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, define como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se extinguir o direito de a Fazenda Pública rever ou homologar o lançamento. Ou seja, somou-se o prazo previsto pelo artigo 150, § 4º com o prazo previsto no artigo 173, I, perfazendo um total de dez anos.

De acordo com esse entendimento, a Fazenda Pública teria um prazo de até quinze anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, para constituir e exigir os seus créditos. São dez anos relativos ao prazo decadencial, que é o prazo para efetuar o lançamento e constituir o crédito, mais cinco anos relativos ao prazo prescricional, que é tempo que a Fazenda tem para exigir do contribuinte, o cumprimento da obrigação pecuniária, contados a partir da constituição do crédito.

Vejamos o que chegou a decidir o STJ em junho de 1999:

> "Estabelece o artigo 173, inciso I do CTN que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se em 5

(cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento por homologação poderia ter sido efetuado. Se não houver pagamento, inexiste a homologação tácita. Com o encerramento do prazo para a homologação (5 anos), inicia-se o prazo para a constituição do crédito tributário. Conclui-se que, quando se tratar de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Embargos recebidos." (STJ, 1ª S, AREsp 132329/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 7/6/99, p. 38, JSTJ 7/25182).

Já não era sem tempo, a partir maio de 2000, o STJ recobra o bom senso e dá sinais de mudança desse entendimento, firmando a tese de que o prazo decadencial é de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação. (Embargos de Divergência em Resp. nº 101.407-SP. Rel. Min. Ari Pargendler, DJ, de 8-5-00, p.53).

Posteriormente outras decisões foram tomadas, pelas duas Turma de Direito Público do STJ, em que abandonam o esdrúxulo entendimento de antes:

"Processual e Tributário. ICM. Execução Fiscal. Embargos do Devedor.

Decadência. Procedente. 1. A caducidade opera-se em relação ao direito material de constituir o crédito tributário. 2. transcorridos mais de cinco anos do fato gerador até a constituição do crédito tributário, extingue-se definitivamente o direito do fisco de cobrá-lo. 3. Recurso especial improvido. (STJ, 1ª, T, REsp 178.4333/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 21/8/2000).

"TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN). 1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). 2. somente quando não há pagamento antecipado, ou a prova de fraudes, dolo ou simulação é que se implica o disposto no art. 173, I, do CTN. 3. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. 4. Recurso especial improvido."(STJ, 2ª T, REsp 395.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

059/RS, Rel. Min. Eliane Calmon, DJ, 21/10/2002. No mesmo sentido: REsp 279.473/SP, DJ 8.04.2002, p. 177; REsp 183.606/SP, DJ13.08.2001, p. 88)

Pelo exposto, pode-se depreender que o STJ no que tange à interpretação dos artigos 150, § 4º e 173, I, concernente ao *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tendeu a partir de 2000, a unificar jurisprudência, o que o fez finalmente, pela impossibilidade de conjugação dos prazos de tratam os artigos 150, § 4º e 173, I do Código Tributário Nacional.

O novo entendimento do STJ trouxe mais tranquilidade às empresas e aos contadores que se viam na obrigação de manter os documentos em arquivo por 10 anos e não por 05 anos como o faziam tradicionalmente.

Entendemos, portanto, por justo e conveniente esse novo entendimento do STJ, que vem se coadunar, finalmente, com o pensamento majoritário da doutrina. Qual seja, o prazo decadência em matéria tributária é de cinco anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador, quando se tratar de tributo de lançamento sujeito à homologação, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, desde que haja a antecipação do pagamento e sem ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Ausente a antecipação do pagamento e/ou ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o termo inicial passa a ser o primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerado, como ocorre com os tributos de lançamento direto ou de lançamento por declaração, nos termos do art. 173, I do CTN. Decorrido o lustro decadencial de tratam os supracitados artigos 150, § 4º e 173, I, sem que o Fisco se manifeste, extingue-se o direito da Administração de efetuar o lançamento e constituir o crédito tributário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ocorrência do fato gerador enseja o nascimento da obrigação tributária que, após a efetivação do lançamento pela Fazenda Pública dá origem ao crédito tributário.

Os tributos de lançamento sujeito à homologação têm como *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial o dia da ocorrência do fato gerado. Salvo quando verificada a ausência da antecipação do pagamento, de que trata o artigo 150, § 4º do CTN, ou ainda nos casos em que ocorrer dolo, fraude ou simulação, hipóteses em se aplicam o disposto no artigo 173, I do CTM,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A 1ª e a 2ª Turma de Direito Público do STJ firmaram jurisprudência que afasta o entendimento jurisprudencial anterior daquela Corte, de se poder conjugar os prazos decadenciais de que tratam os artigos 150, § 4º e 173, I do CTN, perfazendo um total de 10 anos.

Considera-se exercido o direito de constituição do crédito, o momento em que for proferida a decisão definitiva em esfera administrativa.

A decadência é a perda do direto do Fisco de efetuar o lançamento, com a consequente constituição do crédito tributário. Decorrido o prazo de cinco anos a partir da data do fato gerador, quando se tratar de tributo de lançamento sujeito à homologação, atendidas as exigências prescritas pelo art. 150, § 4º do CTN, quais sejam, a antecipação do pagamento e inocorrência de dolo, fraude ou simulação, e também de cinco anos contados a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerado, para os tributos de lançamento direto ou de lançamento por declaração, conforme prescreve o art. 173, I do CTN. Decorrido o lapso temporal de cinco anos, sem que o Fisco se manifeste, extingue-se o direito da Administração de efetuar o lançamento e constituir o crédito tributário.

6. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano, Direito Tributário Brasileiro, 4ª ed. São Paulo: Saraiva,1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. Atualizada de acordo com a lei de responsabilidade fiscal. 10 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito, Curso de direito tributário. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAULSEN, Leandro. Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário: aspectos teóricos, práticos e análises das decisões do STJ. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo:é, n. 62: 34 – 46, novembro/2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado.

Fonte: http://www.hugosegundo.adv.br/conteudo?dpublicacao=32

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES DO ICMS: REFLEXÕES ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

ANA PAULA CARNEIRO PERONI:
Advogada e pós-graduada em Direito Tributário pela Faculdade de Paraíso do Norte- PR.

Resumo: A substituição tributária das operações subsequentes é um tema que desperta grandes discussões no mundo jurídico, principalmente no direito tributário. Constitui-se como um sistema de arrecadação que possibilita o recolhimento do tributo antes mesmo da ocorrência do seu fato gerador. Referido instituto jurídico admite algumas formas de aplicação e suscita aos profissionais incertezas quanto a sua operacionalização. Este artigo tem por objetivo analisar os aspectos constitucionais da substituição tributária das operações subsequentes, evidenciando seu conceito e ditando os casos nos quais deverá ou não ser aplicada, tomando como referência a Constituição Federal e normas infraconstitucionais, assim como balizada doutrina a respeito do assunto.

Palavras-chave: substituição tributária. direito tributário. compatibilidade. operacionalização.

Abstract: The tax substitution of subsequent transactions is a topic that arouses major discussions in the legal world, especially in tax law. It is constituted as a collection system that allows the collection of the tax even before the occurrence of its taxable event. This legal institute admits some forms of application and raises uncertainties regarding its operationalization. This article aims to analyze the constitutional aspects of the tax substitution of subsequent transactions, highlighting its concept and dictating the cases in which it should or should not be applied, taking as reference the Federal Constitution and infraconstitutional rules, as well as marked out doctrine.

Keyword: tax substitution. tax law. compatibility. operationalization.

Sumário: Introdução. 1. Ponderações sobre o instituto da substituição tributária. 1.1. Dos sujeitos passivos da relação jurídico-tributária. 1.2. Substituição tributária progressiva, concomitante e regressiva. 1.3. Do encerramento da cadeia de tributação. 1.4. Do cálculo da substituição tributária progressiva do ICMS. 1.5. *As figuras do substituto tributário e do substituído tributário. 1.6.* Da constitucionalidade da substituição tributária progressiva 2. Conclusões. 3. Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Introdução

Este artigo aborda a questão da constitucionalidade da substituição tributária das operações subsequentes (substituição para frente) no pagamento de tributos. Trata-se de um mecanismo que antecipa o recolhimento do imposto, antes mesmo da ocorrência de seu fato gerador.

Serão analisados os dispositivos constitucionais que versam sobre o tema, assim como normativas infraconstitucionais e jurisprudência correlata, a fim de perquirir sobre sua legitimidade.

O tema é bastante controvertido, tendo em vista que, diante do disposto no Código Tributário Nacional, somente existe obrigação tributária com a efetiva ocorrência do fato gerador. Nesse compasso, não haveria justificativa para a lei tipificar uma responsabilidade a um sujeito passivo se o fato gerador ainda não ocorreu. Tratar-se-ia, no caso, de um fato gerador presumido.

É a partir desse ponto que se inicia a discussão sobre a constitucionalidade dessa modalidade de responsabilidade tributária, ainda que haja regulamentação a respeito na Constituição Federal.

O artigo constitucional que concentra a discussão sobre essa modalidade de responsabilidade tributária é o 150, § 7º, o qual preconiza: "A Lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição de quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

Em 1996, a Lei Complementar 87/96 (normativa que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências) consolidou sua regulamentação, definindo os parâmetros a serem seguidos pelas legislações estaduais. Assim ela prevê: "Art. 6º,§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam **antecedentes, concomitantes ou subseqüentes**,...". (destaque efetuado).

Observa-se que a Lei Complementar prevê atribuições de responsabilidade nas operações ou prestações "antecedentes, concomitantes ou subsequentes".

Diante do exposto, e em consonância com o artigo 138 do Código Tributário Nacional, vê-se que a responsabilidade pelo pagamento do tributo deve ser atribuída a um sujeito que esteja atrelado ao fato gerador da obrigação.

Vale ressaltar que, antes de haver a referida normatização constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendia que essa categoria de responsabilidade tributária era inconstitucional, uma vez que, com sua aplicabilidade, seriam lesados grandes princípios norteadores do direito, tais como a segurança jurídica, a anterioridade tributária, a legalidade e a capacidade contributiva.

A despeito dessa discussão, a doutrina ainda se biparte entre os que defendem sua constitucionalidade e os que a refutam.

Dessa feita, o objetivo geral do artigo é analisar a juridicidade desse mecanismo, sopesando o cenário de cobrança do tributo antes mesmo da ocorrência de seu fato gerador, assim como aspectos de controle de arrecadação e fiscalização pelos agentes de administração tributária.

1. Ponderações sobre o instituto da substituição tributária

Inicialmente, cumpre observar o que vem a ser o instituto da substituição tributária. A doutrina a define como a possibilidade de cobrança antecipada de um tributo em relação a um fato gerador futuro. (ROSA, 2011, p.108).

Ocorre que, analisando as disposições do Código Tributário Nacional, a regra é que somente nasce a relação jurídico-tributária a partir da ocorrência do fato gerador, isto é, a partir da subsunção do fato ocorrido à norma prevista no ordenamento jurídico.

Em razão disso, abriu-se a discussão sobre se as unidades federadas poderiam utilizar a substituição tributária das operações subsequentes como forma de facilitar o controle da arrecadação e da fiscalização do tributo.

Antes da análise da juridicidade do instituto, vale ressaltar que para conhecer o tributo e seus contornos, assim como aspectos legais de sua instituição, o operador do direito deve se pautar pela regra matriz de incidência tributária, ou seja, deve se valer da norma de conduta prevista na lei que disciplina a relação tributária.

Da regra matriz se extraem alguns aspectos que determinam o nascimento da obrigação tributária, quais sejam: aspectos pessoal, material, espacial, temporal e quantitativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pelo aspecto pessoal é possível perceber as partes que compõem a relação jurídica (sujeito ativo e passivo); quanto ao aspecto material, tem-se a ação descrita na hipótese de incidência.

Pelo caráter espacial, por sua vez, percebe-se a localidade à qual será atribuída a ocorrência da ação. No caráter temporal da regra matriz depreende-se o tempo em que se deu ação (componente da regra matriz sobre o qual se debruçam os estudiosos para averiguar a constitucionalidade da substituição tributária progressiva); e pelo aspecto quantitativo alcança-se o valor auferível da operação.

Assim, para apreender se é apropriada a exigência de algum tributo, necessário se faz observar, nas diretrizes legais, seu fato gerador, sua base de cálculo, sua alíquota e os sujeitos que integram a relação jurídica.

1.1 Dos sujeitos passivos da relação jurídico-tributária

Com relação aos sujeitos, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 119, dispõe: "sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento". Nessa lógica, sujeito ativo é o ente político responsável pela competência tributária.

O sujeito passivo, por sua vez, está definido no artigo 121 do mesmo diploma legal: "Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Logo, nota-se que o responsável tributário é aquele que se submete, em virtude de lei, à vontade do estado de exigir a prestação tributária, por possuir vinculação ao fato gerador da obrigação tributária.

A responsabilidade pode ser classificada por substituição ou por transferência. A primeira surge com a ocorrência do fato gerador. Já a responsabilidade por transferência decorre de um evento posterior à ocorrência do fato gerador.

A figura da responsabilidade tributária está amplamente regulada nos artigos 128 a 138 do Código Tributário Nacional.

No artigo 129 encontram-se os contornos da responsabilidade dos sucessores, que ocorre nos casos de atribuição aos adquirentes de imóveis da incumbência sobre a arrecadação dos impostos, taxas e contribuições incidentes sobre o bem adquirido.

Incluem-se nessa categoria a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra, assim como a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual. Nesses casos, as pessoas jurídicas respondem pelos tributos devidos até a data do ato na condição de responsáveis.

No artigo 134 do mesmo diploma legal está disposta a responsabilidade de terceiros, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte.

Há, ainda, a figura do responsável por infrações, que responde nas ocorrências de infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, além de infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar e infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico.

Demais contornos sobre a figura do responsável tributário estão contidos no artigo 128 do CTN, vejamos: "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Citado dispositivo foi muito lembrado nas discussões sobre a legalidade da responsabilidade por substituição tributária das operações subseqüentes. Contudo, somente com a introdução da Emenda 03/93, a Constituição Federal passou a autorizar tal procedimento.

No que tange às modalidades de responsabilidade, a que mais suscita dúvidas a respeito de sua legitimidade é a substituição tributária, principalmente em sua modalidade antecipada, a qual se verifica quando a lei determina que uma terceira pessoa deva pagar o tributo em substituição ao contribuinte no momento da ocorrência do fato gerador.

Percebe-se, porém, que sua instituição se deu para facilitar a arrecadação e a fiscalização dos tributos por parte do Fisco.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A título de exemplo de como a substituição tributária é operacionalizada, pode-se mencionar sua utilização pelos Estados na arrecadação do ICMS, imposto responsável pela maior parte da receita derivada dessas unidades federadas.

Na cadeia de circulação de mercadorias, existem diversos contribuintes (importadores/fabricantes, atacadistas, distribuidores e varejistas) responsáveis pelo pagamento do mencionado imposto e fiscalizar cada um desses sujeitos passivos a fim de apurar a regularidade das operações realizadas, o cumprimento das obrigações e, principalmente, o recolhimento do débito tributário, seria moroso e difícil.

Diante das dificuldades encontradas na apuração, os estados atribuíram, por lei, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto ao contribuinte que se encontra no início da cadeia de circulação da mercadoria, como forma de aperfeiçoar o controle das obrigações tributárias.

1.2 Substituição tributária progressiva, concomitante e regressiva

A substituição tributária se apresenta sob três modalidades: substituição tributária das operações subseqüentes (substituição tributária para frente), substituição tributária das operações concomitantes e substituição tributária regressiva (substituição tributária para trás).

Quanto à substituição tributária regressiva, esta ocorre nos casos em que as pessoas ocupantes das posições anteriores nas cadeias de produção e circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, por aquelas que ocupam as posições posteriores nessas mesmas cadeias.

Não existem muitos questionamentos acerca desta modalidade de substituição, uma vez que o pagamento do imposto é apenas diferido, ou seja, o fato gerador já ocorreu, mas o tributo será pago posteriormente.

Há também a possibilidade de se instituir a figura do responsável tributário das operações concomitantes. Nesta modalidade, o imposto é recolhido no instante em que ocorre o fato gerador, tendo como exemplo a responsabilidade do contratante pelo débito tributário devido nos serviços de transporte prestado por autônomo ou empresas transportadoras não inscritas no cadastro de contribuintes.

Já a substituição tributária para frente se dá nos casos em que as pessoas ocupantes das posições seguintes das cadeias de produção e circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, por aquelas que ocupam as posições anteriores nessas mesmas cadeias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nota-se que, neste último caso, haverá a antecipação do pagamento do tributo, antes mesmo da efetiva ocorrência do fato gerador. Surgem daí os questionamentos acerca de sua legitimidade.

Vale reiterar que a própria Constituição Federal prevê, em seu artigo 150, § 7º, parte final, a restituição do tributo pago caso o fato gerador presumido não ocorra.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de restituição quando ocorre o fato gerador por um valor inferior ao recolhimento realizado pelo responsável no inicio da cadeia.

Desse modo, entende-se que não haverá encerramento da cadeia tributária, uma vez que o contribuinte poderá requerer a restituição do valor pago à maior quando a base de cálculo utilizada para a operação efetivamente realizada for inferior ao valor recolhido.

A Fazenda Pública, outrossim, poderá cobrar a complementação do débito, caso a base de cálculo utilizada para a operação seguinte seja superior àquela empregada no cálculo da substituição tributária.

1.3 Do encerramento da cadeia de tributação

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o encerramento da cadeia de tributação, nos casos de substituição tributária progressiva, foi alterado, após o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593849, com repercussão geral reconhecida.

Antes dessa deliberação havia o encerramento da cadeia de tributação, tendo em vista que não era devida ao contribuinte substituído a restituição da diferença entre o valor do tributo recolhido previamente e aquele realmente devido no momento da operação de venda.

No entanto, em 2016, a Suprema Corte sedimentou o entendimento de que o contribuinte teria direito à diferença entre o imposto pago e o calculado a título de substituição tributária.

Segundo consta no acórdão proferido, o tributo só se torna efetivamente devido com a ocorrência do fato gerador, e a sua inocorrência total ou parcial exige a devolução do imposto, sob pena de ocorrência de confisco ou enriquecimento sem causa do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, não há mais que se falar em encerramento da tributação ou em definitividade de base de cálculo quando houver substituição tributária progressiva e o valor recolhido for superior ou inferior ao utilizado no cálculo da quantia presumida, diante da possibilidade de devolução do tributo antecipado.

1.4 Do cálculo da substituição tributária progressiva do ICMS

Conforme explanado, um dos maiores expoentes da substituição tributária progressiva é o imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Citado imposto é regulado por cada estado instituidor e suas legislações trazem dispositivos que abordam a figura da substituição tributária.

O primeiro fundamento de validade do instituto é a Constituição Federal, no artigo 150, § 7º. Além disso, a LC 87/96, que traça aspectos gerais sobre o ICMS, apresenta alguns delineamentos sobre o regime.

Acerca de seu aspecto quantitativo, a LC 87/96 disciplina em seu artigo 8º a composição da base de cálculo na substituição tributária.

Da leitura da norma, entende-se que a base de cálculo do ICMS é obtida pelo somatório do *valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário com* o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço e a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

A lei estabelece que, caso o *preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o referido preço por ele estabelecido.*

Demais disso, preceitua que, e*xistindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estadual estabelecer como base de cálculo este preço.*

A respeito da margem de valor agregado, que deve ser adicionada ao cálculo do valor do imposto devido, a lei complementar aduz que *será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

*Sobre o valor presumido Ângelo Braga Netto Rodrigues de Melo esclarece: "*ao elemento material real (operação praticada pelo substituto) corresponde, para fins de base de cálculo, um valor real; para o elemento material presumido, corresponde uma base de cálculo presumida, obtida por intermédio de um inteligente mecanismo que busca alcançar o real preço de mercado. Então, é obvio que a base de cálculo confirma perfeitamente a hipótese de incidência, além de determinar a "intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária.".

Desta feita, o imposto a ser pago pelo substituto tributário corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

1.5 As figuras do substituto tributário e do substituído tributário

Quando se faz a análise da responsabilidade tributária por substituição, é importante perquirir sobre os sujeitos que integram essa relação jurídica, quais sejam, o substituto tributário e o substituído.

O substituto é aquele que efetivamente recolhe o imposto das transações subsequentes. O contribuinte substituído é aquele acaba sendo dispensado de realizar o pagamento do imposto, já que este fora feito anteriormente pelo substituto.

Para Leonardo Pausen (2009): "A figura da substituição tributária existe para atender a princípios de racionalização e efetividade de tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplementos ou ampliando as garantias 12 de recebimento do crédito. A rigor, a substituição tributária não é propriamente uma figura de responsabilidade tão-somente, pois a lei obriga o substituto a efetuar o pagamento do tributo e não apenas a responder no caso de inadimplemento pelo contribuinte. Mas o CTN não distingue as figuras."

Importa reiterar que, caso não ocorra operação ou prestação subseqüente ao pagamento do imposto ou esta seja realizada por valor superior ao recolhido, o contribuinte substituído poderá pleitear a repetição do indébito tributário.

O artigo 10 da LC 87/96 e seus parágrafos regulam a forma de restituição desses valores: "Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar. § 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo. § 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis."

Soma-se a isso a questão da aplicabilidade do artigo 166 do Código Tributário Nacional à figura da responsabilidade tributária por substituição.

*Referido artigo contem os seguintes dizeres: "*a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

Essa regra tem por objetivo evitar a restituição dos valores pagos ao contribuinte de direito, que apenas efetuou o recolhimento do tributo, mas não arcou com o encargo financeiro por haver transferido a um terceiro, o contribuinte de fato.

Vale ressaltar que tanto o artigo 150, § 7º, da Constituição Federal quanto o artigo 10 da Lei Complementar 87/96, que tratam de tal restituição, não condicionam o ressarcimento do ICMS na substituição tributária pelo substituído à comprovação do encargo financeiro.

Tal fato se dá porque se presume que o encargo foi suportado pelo substituído, que é o contribuinte de fato e que arcou com o encargo financeiro decorrente do imposto.

De igual modo, é imperioso observar que, em nenhum momento, nas páginas do acórdão do STF, houve qualquer menção a tal dispositivo legal, o que só reforça a constatação de que de fato é o contribuinte substituído quem arca com o ônus do imposto e deve ser contemplado com a restituição.

A fim de reforçar esse posicionamento, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça afasta argumentos no sentido de que o ressarcimento, na substituição tributária, estaria vinculado à observância da regra do artigo 166 do CTN, a saber: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO MENOR QUE A PRESUMIDA. DIREITO À DEVOLUÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DIREITO DE O SUBSTITUÍDO PLEITEAR A REPETIÇÃO DE CRÉDITO ANTERIOR À LC N. 87/1996. QUESTÃO DECIDIDA À LUZ DE FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA LC N.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

118/2005. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO [STJ, AgInt no REsp 1.426.465/PR, 1ª Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJ 7.2.2019]."

Desta forma, verifica-se que o contribuinte substituído é quem de fato arca com o encargo financeiro do ICMS-ST, afastando a viabilidade de repasse do encargo tributário ao consumidor final.

1.6 Da constitucionalidade da substituição tributária progressiva

A corrente doutrinária favorável à substituição tributária das operações subsequentes alega que a antecipação do tributo é constitucional e que deve ser levado em consideração, a título de legalidade, o tempo de pagamento do tributo e não o da ocorrência do seu fato gerador.

Deveriam ser analisados, portanto, dois aspectos distintos do regime. O primeiro diz respeito ao momento da ocorrência do fato gerador, que faz nascer a obrigação tributária; e o segundo seria o momento do pagamento do tributo, que pode ser estabelecido antes mesmo do surgimento da obrigação tributária, desde que seja assegurada ao substituído a restituição dos valores pagos em excesso ou em virtude de fato gerador não ocorrido.

Para Marco Aurélio Greco é plenamente aceitável a tributação anterior ao fato gerador: "A visão tradicional, com a devida vênia, desconsidera uma característica ínsita ao fenômeno jurídico que é a de as normas serem produtos de atos de vontade em que, portanto, se agregam elementos que serão válidos desde que não contrariem a norma superior. A Constituição Federal atribui competência (âmbito de cabimento de legislação) em matéria tributária, mas não exige que, no exercício desta competência, o modelo criado seja única e exclusivamente o obrigacional. O Direito conhece inúmeras outras situações jurídicas subjetivas que podem ser criadas de modo a assegurar o atendimento às finalidades e objetivos da tributação. O Direito não se resume ao modelo obrigacional! Em suma, a competência tributária constitucionalmente conferida comporta todos os modelos operacionais que não contrariem a sua essência, nem o conjunto de princípios do sistema e garantias asseguradas ao contribuinte."

Nessa linha, Sacha Calmon (1999) leciona sobre a adoção do regime: "(...) a sua adoção constitui exigência da sociedade moderna, visando à aplicação do princípio da praticabilidade da tributação, apoiando-se em dois valores básicos: necessidade de evitar a evasão fiscal (segurança fiscal) e de assegurar recursos com alto grau de previsão e praticabilidade (certeza fiscal)."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Preceituam os defensores, ainda, que substituto e substituído mantém um vinculo econômico no processo de circulação de mercadorias e a lei tem o poder de estender-lhes o vinculo jurídico da substituição, desde que garantidos o reembolso e a restituição do indébito. (TORRES, 1996, p. 192).

Por seu turno, a corrente contrária à substituição tributária apregoa que ao se permitir que fatos futuros e incertos sejam tributados antecipadamente sem saber ao certo se realmente ocorrerão, haverá uma grave vulneração ao principio da segurança jurídica.

Interessa acrescentar a posição do doutrinador Carrazza (2006), inserido dentre os que refutam o citado regime: "(...) a referida Emenda Constitucional "criou" a absurda figura da responsabilidade tributária por fato futuro, ou, como querem alguns, da substituição tributária "para frente". Deveras, o supracitado preceito "autoriza" a lei a fazer nascer tributos de fatos que ainda não ocorreram mas que, ao que tudo indica, ocorrerão. Noutros termos, permite que a lei crie presunções de acontecimentos futuros e, com elas, faça nascer obrigações tributárias."

Tem-se, ainda, a explanação de José Eduardo Soares Melo (2006), que discorre sobre a incompatibilidade do regime com os princípios constitucionais: "Inaplicável – como regra – a figura da presunção como resultado do processo lógico, e mediante o qual fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável. Não se estará diante de uma autêntica presunção legal ("juris et de jure") estabelecendo uma verdade jurídica, pois supor que um fato tributário acontecerá não é jamais o mesmo que tornar concreta sua existência, de modo a conferir segurança e certeza a uma exigência tributária."

O Supremo Tribunal Federal alinha-se a primeira corrente ao reconhecer a legitimidade do mecanismo da substituição tributária.

Trago à colação julgado da Suprema Corte nesse sentido: AGRAVO 'INOMINADO - APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA - RECOLHIMENTO POR REGIME DE ESTIMATIVA - CONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 150, § 7º, DA CF/88 - CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO - INTERPRETAÇÃO - JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO C. STF - LEI ESTADUAL Nº 5.541/97 - HIGIDEZ DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - REJEIÇÃO - CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL - AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO (STF - AI: 860652 ES - ESPÍRITO SANTO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 14/03/2016. Data de Publicação: DJe-050 17/03/2016)."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tem-se, portanto, que hoje, a despeito de alguns posicionamentos dissonantes, a responsabilidade por substituição tributária das operações subsequentes é legítima e serve como instrumento facilitador da atuação dos agentes da administração tributária, promovendo uma maior justiça fiscal.

2 Conclusões

Diante de todo o explanado, percebe-se que a substituição tributária progressiva surgiu objetivando facilitar o controle da arrecadação e da fiscalização dos tributos e tem como um de seus pressupostos a facilitação da operacionalização do recolhimento dos tributos instituídos pelos entes federados, na medida em que reduz o universo de contribuintes a serem fiscalizados e evita que ocorra a sonegação dos tributos devidos.

Contudo, em que pese ser uma medida que facilita a fiscalização do Estado para o pagamento dos tributos, a substituição progressiva é tema que ainda provoca acirrados debates na doutrina. Alguns juristas apregoam sua inconstitucionalidade, por, supostamente, ferir alguns princípios constitucionais, como a legalidade e a segurança jurídica.

Outros estudiosos do direito, por sua vez, defendem sua juridicidade, sob o argumento de que a análise da substituição se referiria ao tempo de pagamento do tributo, o qual poderia ser antecedente, sem interferir no tempo de ocorrência do fato gerador.

Esses estudiosos sugerem que a antecipação do pagamento de impostos é largamente admitida no nosso direito e não padece de vicio de inconstitucionalidade

A despeito dos debates sobre o tema, a substituição tributária para frente possui abordagem constitucional e os Tribunais Superiores defendem sua legitimidade.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento sobre a repetição ao substituído da diferença entre o valor presumido e o efetivamente realizado na operação de venda, fazendo com que não haja mais encerramento da cadeia de tributação com o pagamento realizado.

Desta forma, torna-se mais justa a utilização desse regime, propiciando ao contribuinte substituído a possibilidade de reaver valores pagos a maior e evitando o enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim e diante do exposto, verifica-se que os entes políticos que atribuírem a responsabilidade por substituição a terceira pessoa por fato gerador que deva ocorrer posteriormente não estarão agindo ao desamparo da lei e estarão escorados na melhor jurisprudência.

Além do mais, vale ressaltar que estando a retenção antecipada prevista na Constituição Federal, não se pode mais alegar sua inconstitucionalidade.

3 Referências

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

BRASIL. **Código de Tributário Nacional**. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm.>. Acesso em: 06 de set. 2019.

CARRAZZA. CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro**. Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CORNÉLIO, Fernanda Marques (Org)**. Direito Tributário**. 3. ed. Jus Podium. Salvador, 2015.

MELO, Angelo Braga Netto Rodrigues de. **Substituição Tributária Progressiva no ICMS: teoria e prática**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS – Teoria e Prática**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2006.

ROCHA, Valdir; TORRES, Ricardo Lobo. **ICMS Problemas Jurídicos**. Editora Dialética. São Paulo, 1996.

ROSA, José Roberto. **Substituição Tributária no ICMS**: estudo de casos e manual explicativo. 3. ed.. Ottoni Editora. Itú, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

POLIAMOR: A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DIANTE DAS NOVAS FORMAS DE RELACIONAMENTOS POLIAFETIVOS

FÁBIO DOS SANTOS SILVA GALVÃO DA COSTA:
Bacharel em Direito. Faculdade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo abordar o tema do poliamor na sociedade brasileira e seu reconhecimento jurídico. Consoante a isso, relatar a origem da família na sociedade moderna. Frisa-se que nas relações poliamorosas todos os envolvidos têm boa-fé e aceitam a relação na qual optaram por viver, logo seria então possível escolher uma nova forma de amar e de se relacionar, sendo necessário o amparo jurídico na aquisição dos seus respectivos direitos. Ademais, para realização do trabalho hora escrito, foram realizados leituras e pesquisas de obras referentes ao tema supracitado, bem como disposto decisões favoráveis ou contra as novas formas de relação de uma família em constante transformação. Com isso, entende-se que o judiciário deve analisar de maneira isenta dos dogmas engessados, partindo do pressuposto da laicidade, individualidade, direito privado, possibilitando compreender as inúmeras formas de família na sociedade cotidiana.

Palavras-chave: família, poliamor, reconhecimento Jurídico, direitos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 RELAÇÕES POLIAFETIVAS. 2.1 O ESTADO MODERNO E AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA. 2.2 POLIAMOR. 2.3 RELAÇÕES POLIAFETIVAS E O ENTENDIMENTO JURÍDICO. 2.3.1 Argumentos a Favor. 2.3.2 Argumentos contrários. 3 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende expor o posicionamento do sistema jurídico brasileiro no tocante as relações poliafetivas. Seriam todas as pessoas poliamoristas vivendo em uma relação monogâmica?

Percebe-se que a construção da família tem estado em constante transformação bem como todas outras áreas da sociedade. Como poderemos observar, antigamente, o modelo de família mononuclear não era tão habitual, homens e mulheres faziam parte da mesma família. Ademais, com o início da sociedade moderna veio a figura da liderança paterna onde cada membro da família tinha papel definido.

Com isso pensa-se a necessidade da evolução contínua da análise do judiciário acerca do que seria família. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, inciso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"IV, promove; "O bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação".

Contudo, o modelo familiar poliamorista é uma realidade habitual nos dias atuais, não estando ainda amparado juridicamente pela lei. Havendo a sociedade acostumada e doutrinada pelo modelo patriarcal, existem também os que não se enquadram nesse modelo, observando a crescente busca de reconhecimento pela união de mais de duas pessoas em uma relação, simultânea e de boa-fé.

Não obstante, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, estendeu o conceito de família, tendo assim abertura para o ato de reconhecer outras formas de entidades familiares, declarado no rol disposto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, entende-se que a importância desse trabalho está pautada nas necessidades de garantias de direitos civis nas novas concepções de famílias poliafetivas.

Este artigo foi baseado em estudos bibliográficos, pesquisas eletrônicas e bibliográficas e análise de decisões jurídicas acerca das relações poliafetivas no ordenamento brasileiro.

2 RELAÇÕES POLIAFETIVAS

FAMÍLIA E HISTORICIDADE

O presente trabalho tem a necessidade de relatar uma parte da origem da família, àquela relacionada às relações afetivas, onde o modelo de família mononuclear (pai, mãe e filhos) ainda não era o habitual[1].

Conforme a autora Regina Navarro Lins, pode-se perceber que tal conceito de família nos remete àquelas oriundas da história antiga. Porém, sabe-se que a família, assim como outras instituições, está sempre em constantes mudanças. Para ilustrarmos tal transformação no conceito de família podemos entender que a partir da idade moderna a instituição familiar sofre grandes transformações.

Nas sociedades modernas as famílias passam a ser reconhecidas como nucleares. Geralmente pautadas pela "liderança" da figura paterna, onde os papéis desempenhados por cada membro integrante da família possuem um caráter definido. Aqui podemos elencar algumas teorias da formação acerca das novas formas de família: propriedade privada das terras, onde a agricultura teve importância fundamental, e a percepção pela domesticação dos animais, sobretudo,

daqueles que auxiliavam na produção agrícola. Tal fato trouxe o entendimento de que a fêmea apenas procriaria com a necessidade de um macho. Esta ideia fortaleceu a noção de que o homem seria o provedor da prole e que essa não mais haveria de ser responsabilidade divina, com isso a relação entre homens e mulheres passa a ser uma relação de dominação e não mais encarada como relação de parceria. Outro ponto a se observar no que tange as relações sociais é o surgimento do Estado Moderno no século XV. Instituição esta que passa a intermediar e garantir os direitos dos cidadãos. Contudo, não é o objeto do presente trabalho fazer um apanhado histórico do Estado, sendo assim, vamos nos ater às relações deste com os cidadãos, particularmente às famílias, nos dias atuais.

2.1 O ESTADO MODERNO E AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIAS

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, § IV, quaisquer famílias têm o direito de proteção assegurado pelo Estado: "Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Esta prerrogativa, embasada pelas leis do Estado, garantem às famílias uma possibilidade de emancipação dos sujeitos, tornando-os, todos, iguais perante a lei.

Podemos então subentender que as instituições familiares também se encontram protegidas e amparadas pelo poder do Estado. Assim, observando a transformação no conceito de família durante a história da sociedade trataremos a seguir das novas formas de relações afetivas e suas implicações sociais e jurídicas.

Nessa seara, trataremos a partir de agora, do objeto principal do presente trabalho de conclusão do curso de bacharelado em Direito - De que forma tem se posicionado a justiça brasileira diante das novas formas de relacionamentos poliafetivos.

2.2 POLIAMOR

> O poliamor, ou seja, muitos amores, como modo de vida defende a possibilidade de estar envolvido em relações íntimas e profundas com várias pessoas ao mesmo tempo, no mesmo nível de importância. No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todas as partes envolvidas. (LINS, 2015)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O poliamor, haja vista a prática comum de casais de forma subliminar na sociedade atual, pode ser encarado como uma realidade, pois observa-se como uma prática habitual, apenas não estando regulamentada por lei. Porém os costumes têm sido passados ano após ano, por vezes sendo entendido como formas não convencional de relações amorosas e, por outras, formas de relações em desalinho com os dogmas da sociedade patriarcal.

Entretanto é notória uma casta reprovação ao "poliamor" por parte da sociedade patriarcal, instituído pelo poder capitalista onde a base principal para decisões, ou relações, sempre foi a posse. Importante salientar que o Estado, assim como a justiça, é dotado de laicidade, por isso a importância de trazer ao presente instrumento alguns itens que estão preconizados em nossa Constituição em seu Artigo 5º Caput:

> 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, á segurança e à propriedade.

Assim, a Constituição Federal de 1988, tem como um dos seus pilares o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como axioma nele agregado os princípios e valores primordiais como a igualdade, liberdade, privacidade. Logo o princípio da dignidade da pessoa humana, pode trazer respaldo às questões que tangenciam os novos modelos de relações familiares.

Sendo assim, os novos modelos de família, dentre eles o qual será tratado na presente pesquisa, os "poliamores", possuem direitos resguardados de forma igualitária na nossa sociedade patriarcal. A sociedade se encontra em mudanças constantes, cabendo ao poder judiciário esse marco na legalidade, na possível falta de um legislativo seguidor de religiões e esquecido do País "laico" que somos. Tudo que se moderniza, trás consigo, medo, incerteza; porém a sociedade tem e deve evoluir sendo amparada em todas as formas de relações afetivas. Evitando assim conflitos judiciais e sociais em uma sociedade na qual deseja acompanhar a evolução e não estagnar-se.

É salutar frisar que os elementos "poliamorosos" buscam muito mais o amor que a própria sexualidade. Entende-se que o sexo deva ter a sua importância, contudo, sua objetividade são os sentimentos.

Percebe-se que um número cada vez maior de pessoas está se relacionando amorosamente com duas ou mais pessoas simultaneamente, conforme censo do IBGE de 2010:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O IBGE [...] definiu como família o grupo de pessoas ligadas por laços de parentesco que vive numa unidade doméstica. Essa unidade doméstica pode ser de três tipos: unipessoal (quando é composta por uma pessoa apenas), de duas pessoas ou mais com parentesco ou de duas pessoas ou mais sem parentesco entre elas.

Partindo da premissa enunciada acima pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, como já fora mencionado em outras oportunidades neste trabalho, os modelos de família têm se reinventado. Chama a atenção no presente estudo do IBGE o fato de estar caracterizado como unidade doméstica lares onde residem duas ou mais pessoas sem grau de parentesco.

2.3 RELAÇÕES POLIAFETIVAS E O ENTENDIMENTO JURÍDICO.

Lins nos faz pensar sobre vários questionamentos acerca das novas formas de relações afetivas; norteiam-se várias perguntas, porque não podemos amar várias pessoas? Não amamos vários amigos? Não amamos nossos filhos?

Não seria um contrato firmado, assim como o casamento, que obrigam a fidelidade por medo de perder? Poderão ser estáveis, duradouras entre as pessoas envolvidas? Seria então a monogamia uma ficção, tendo em vista as relações extraconjugais crescentes? Segundo o psiquiatra José Ângelo Gaiarsa: "Somos, por tradição sagrada, tão miseráveis de sentimentos amorosos que quando encontramos um, já nos sentimos milionários e renunciamos com muita facilidade outro prêmio lotérico do amor".

Existe ainda o estigma de "não transar no primeiro encontro", sendo um condicionamento, estar com vontade, mas não fazê-lo. Poderia isso ser uma submissão ou medo de que uma das partes não ligue no dia seguinte, de ser julgado. Ciúme tende a ser encarado como um condicionamento cultural, onde nesta sociedade pode aprender-se a cultivá-lo; a exclusividade sexual seria o que chamam de fidelidade?

Nos dias atuais tem-se observado diversas opiniões acerca das relações poliafetivas. Segundo o promotor de justiça do Ministério Público – Bahia, e presidente da comissão nacional de promotores do Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), Cristiano Chaves de Farias: "O poliamorismo, é uma modalidade de manifestação afetiva, pautada na pluralidade e concomitância de vínculos amorosos, com absoluto conhecimento de todos os envolvidos". (O poliamor na Jurisprudência Brasileira, Folha Nobre, Cristiano Chaves Farias, 03/08/2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Percebe-se, a partir do entendimento do jurista supracitado, que todas as partes envolvidas na relação poliamorosa têm boa-fé e aceitam a relação na qual escolheram para viver. Não obstante, seria necessária no ordenamento jurídico a legalidade para amparar juridicamente a prática do poliamor? Seria a infidelidade a prova concreta de uma sociedade poliamorosa? Como nos traz o promotor Cristiano Farias Infelizmente não se pode afirmar, sabe-se que o ordenamento jurídico tem protegido o amor romântico, e mais, têm sido usados princípios religiosos nas decisões do judiciário, ferindo a pluralidade que deve ser assegurada pelo art. 226 da C.F. de 1988. Com isso, têm sido observadas decisões pautadas em caráter não laico quando dizem respeito às relações poliamorosas.

Para muitos, relações poliafetivas seriam incitações à promiscuidade, porém, podem ser analisadas sob a ótica dos sentimentos legítimos, pois se entende que pessoas podem desejar e escolher uma forma de amar e viver, e com isso necessitam de amparo jurídico.

2.3.1 ARGUMENTOS A FAVOR

De acordo com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que se pronunciou, outrora, pelo reconhecimento de relações afetivas simultâneas, compreendendo que as múltiplas relações afetivas não devem vir em favorecimento de um dos componentes, logo:

> APELAÇÃO CÍVEL. 1)UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara

> Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005).

Ademais, o Tribunal, ao reconhecer uma união dúplice, também determinou a "triação" dos bens entre o de cujus e duas conviventes. Logo:

> Se o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008)

Mesmo reconhecida como situação ímpar, o Tribunal de Justiça do RS, em sua decisão, acatou o direito de uma relação simultânea ao casamento, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, bem como da legítima expectativa e da boa-fé, em virtude do expressivo lapso temporal pelo qual perdurou o relacionamento, a hipossuficiência da concubina, e tratando de uma pessoa vulnerável por ser idosa. Entretanto, o Tribunal de Justiça deixou claro se tratar de uma situação extraordinária, esclarecendo que uniões simultâneas ao casamento, por norma, não criam direito algum. Sendo assim:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos à concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.

2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer riso de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.

3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.

> 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.
>
> (REsp 1185337/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015).

Sendo assim, a decisões do Tribunal de Justiça do RS não deprimem os outros poderes, também não agridem a Constituição Federal, dando seguridade aos direitos individuais.

De acordo com o advogado Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM),

> Se "as pessoas querem viver juntas em união estável, então é melhor regulamentar que não regulamentar". O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 é meramente explicativo.
>
> A constituição apenas trás três formas exemplificativas de família: não havia família homoafetiva e, no entanto O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu!
>
> Decisões de reconhecer uniões poliamorosas serão cada vez mais comum "Isso é uma tendência do direito de família no mundo todo, porque a monogamia está em cheque e o Estado não pode entrar na vida privada das pessoas, exceto para proteger vulneráveis; criança, adolescente e idoso". (Rodrigo da Cunha Pereira, 19/06/2017).

Ainda segundo a perspectiva do atual presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

> A família hoje é mais livre, mais verdadeira, mais autêntica. Sua essência não é mais um núcleo econômico e reprodutivo, mas sim um lócus da estruturação de um ser. O casamento não é mais o legitimador das relações sexuais e a reprodução está cada vez mais desatrelada da sexualidade.

Como se pode perceber, através dos fatos supramencionados, já existe uma tendência nas mudanças no comportamento da sociedade relacionada às mais diferentes formas de relações afetivas, porém a compreensão jurídica parece não estar em consonância às transformações destas relações sociais. Para ilustrar tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

afirmativa, traremos no tópico a seguir, algumas decisões desfavoráveis àqueles que se encontram nas formas de convivência poliafetivas.

2.3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Não havendo margens na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que recusa qualquer relação paralela à união estável:

> (...) no tocante ao mérito da controvérsia, este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (...)" (STJ. AgRg no Ag 1130816, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 27/08/2010).

Ainda sobre as argumentações contrárias à legitimidade das relações poliafetivas:

> Cinge-se a lide a definir, sob a perspectiva do Direito de Família, a respeito da viabilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. (...) uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (...) Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável implicaria julgar contra o que dispõe a lei. Isso porque o artigo 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. (...) (STJ, REsp 1.157.273/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/05/2010).

Percebe-se que em sua decisão a Ministra Nancy Andrighi demonstra que são apresentados por algumas vezes de forma multifacetadas com base na dignidade da pessoa humana para classificar o poliamor, mas pede atenção redobrada para a monogamia tendo como principio a eticidade.

O Conselho Nacional de Justiça pede suspensão de registro de 'trisal'. Há no País 10 uniões poliafetivas reconhecidas, que são o relacionamento entre mais de duas pessoas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sugeriu que cartórios suspendam as escrituras públicas de relacionamento entre mais de duas pessoas, as chamadas uniões poliafetivas, até a regulamentação do tema. A recomendação foi repassada às corregedorias estaduais até que o CNJ analise representação da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que pediu, em liminar, a proibição do reconhecimento do poliamor[2].

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se percebido que as doutrinas acerca do entendimento de relações não monogâmicas seguem uma mesma diretriz, pautada na compreensão da família nuclear e seu condicionamento histórico.

> A união estável tem natureza monogâmica, sendo incabível o reconhecimento de duas uniões concomitantes como relações de família, desse modo, a relação que concorre com o casamento em que os cônjuges mantêm vida em comum chama-se concubinato, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil, e não recebe a proteção do direito de família (...) Essa relação concubinária não gera os efeitos da união estável, como reconhece nossa melhor jurisprudência (...) Em suma, as relações adulterinas não tem as repercussões pessoais e patrimoniais das uniões estáveis, pois não constituem família e não recebem a respectiva proteção especial" (MONTEIRO, Washington de Barros e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil, vol. 2: direito de família. 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63/64, 68 e 71).

De acordo com o Código Civil em seu artigo 1.723, designa:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. parágrafo 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente".

Destarte, apenas mediante a separação fatual do casamento ou cessação da união estável, poderá ser instituída uma nova união estável.

A relação concomitante ao casamento ou à união estável apenas pode configurar concubinato, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constitui concubinato".

O Supremo Tribunal Federal discerne a união estável do concubinato:

> Companheira e concubina – distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável – proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato (...) Percebe-se que houve um envolvimento forte, projetado no tempo – 37 anos –, dele surgindo prole numerosa – nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos (...) No caso, vislumbrou-se união estável, quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil. (...) O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento. Tenho como infringido pela Corte de origem o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença prolatada" (STF, RE 397.762/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 3.6.2008).

Expõem adiante, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da inexistência de efeito jurídico na relação que concorre com o casamento:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ser casado constitui fato impeditivo para o reconhecimento de uma união estável. Tal óbice só pode ser afastado caso haja separação de fato ou de direito. Ainda que seja provada a existência de relação não eventual, com vínculo afetivo e duradouro, e com o intuito de constituir laços familiares, essa situação não é protegida pelo ordenamento jurídico se concomitante a ela existir um casamento não desfeito (...) Diante disso, decidiu-se que havendo uma relação concubinária, não eventual, simultânea ao casamento, presume-se que o matrimônio não foi dissolvido e prevalecem os interesses da mulher casada, não reconhecendo a união estável." (STJ, REsp 1.096.539/RS, 4 Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/3/2012).

Ademais, está estabelecida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se opõe efeito jurídico à relação paralela à união estável:

> (...) no tocante ao mérito da controvérsia, este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (...)" (STJ. AgRg no Ag 1130816, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 27/08/2010).
>
> Cinge-se a lide a definir, sob a perspectiva do Direito de Família, a respeito da viabilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. (...) uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (...) Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Emprestar aos novos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável implicaria julgar contra o que dispõe a lei. Isso porque o artigo 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. (...)" (STJ, REsp 1.157.273/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/05/2010).

A partir das jurisprudências e doutrinas supramencionadas pode-se perceber que as decisões jurídicas estão basiladas nas relações monogâmicas que norteiam a sociedade brasileira, mesmo sendo o Estado laico e pautado na liberdade dos indivíduos. Inclusive, na decisão que por ora fora favorável a parte solicitante dos direitos, ficou evidente que a mesma só fora beneficiada devido a sua idade avançada. Com isso, o deferimento favorável não deve servir de parâmetro para futuras ações de igual teor, conforme deixou clara a decisão judicial.

Contudo, há de se entender que, assim como as relações sociais são mutáveis, as decisões jurídicas dependem de determinado contexto histórico. O que abre possibilidades de mudanças futuras adequando a justiça às necessidades de uma sociedade sempre em transformação.

3 CONCLUSÃO

A prática do poliamor, já vem acontecendo por vários séculos, sendo que nos dias atuais a manipulação em nome do condicionamento dos padrões aceitáveis pela sociedade faz parecer que as relações monogâmicas sejam predominantes. Todavia, percebe-se, por mais que a intenção seja negar, o fato de que novas relações sentimentais estão se estabelecendo de forma sensivelmente visível entre as pessoas.

Em contrapartida, o sistema jurídico Brasileiro tem se posicionado de forma contrária as novas relações imanentes na sociedade. Observa-se uma transformação das relações sociais em uma velocidade não acompanhada pelas leis que possam vir a garantir os direitos dos indivíduos envolvidos em tais dinâmicas.

O Brasil, como País Laico, sofre todos os tipos de pressões religiosas, políticas e jurídicas para que não sejam regularizados os novos modelos de relacionamentos poliafetivos. A busca não é pela extinção do casamento monogâmico, mas por normas jurídicas que possam contemplar as necessidades das pessoas que escolham por viver uma relação poliafetiva, para que possam assim ter seus direitos assegurados por lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As pessoas não possuem o mesmo desejo e planos para sua vida afetiva, não se deve planejar que todos desejem se relacionar apenas com uma pessoa por vez. A liberdade de escolha deve ser considerada prerrogativa para eventuais mudanças nas esferas jurídicas, pois, de acordo com o Art 5º, Inciso II, da Constituição Federal de 1988, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Entende-se que as relações monogâmicas teriam sua continuidade, apenas, o que se pleiteia é uma possível mudança no código civil, a fim de que os indivíduos que desejarem se relacionar simultaneamente com duas ou mais pessoas, tenham seus direitos. Entretanto, uma das maiores dificuldades encontradas para o avanço da sociedade no que tange ao reconhecimento das relações poliafetivas é o preconceito pautado no senso comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

CASTRO, Carol. Poliamor: brasileiros apostam em diferentes formas de relacionamentos**. Disponível em: https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/09/poliamor-brasileiros-apostam-em-diferentes-formas-de-relacionamentos.html. Acesso em 03 abril 2018.**

CUNHA, Rodrigo da. **União Poliavetiva. Dicionário de direito de família e sucessões**. Disponível em: http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-poliafetiva-dicionario-de-direito-de-familia-e-sucessoes/. Acesso em: 03 abril 2018.

Folha Nobre, O poliamor na jurisprudência Brasileira:

Disponível em: http://folhanobre.com.br/2017/08/03/o-poliamor-na-jurisprudencia-brasileira/51058. Acesso em 12 de abril de 2018.

GAIARSA, José Ângelo. **Citations.** Disponível em: http://dicocitations.lemonde.fr/pensamentos/citacao/4642.php. Acesso em: 02.abril 2018.

Gazeta do Povo, Justiça:

Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/uniao-de-tres-homens-na-colombia-reacende-o-debate-sobre-a-poligamia-no-brasil-279uamd9l558flhe9x19dzmch/ . Acesso em 12 abril de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor. -** 5ªed. – Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.

_____**. Novas Formas de Amar.** São Paulo: Planeta Brasil, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ. **Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj. Acesso em: 12 abril 2018.**

Supremo Tribunal Federal, Notícias. Supremo reconhece união homoafetiva. **Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931. Acesso em 04 abril 2018.**

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família.** Vol 5, 5ª ed. São Paulo: Método, 2010.

THOMÉ, Clarissa. CNJ pede suspensão de registro de 'trisal'. **Disponível em: http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cnj-pede-suspensao-de-registro-de-trisal,10000052712. Acesso em: 03 abril 2018**

NOTAS:

[1] A ideia de casal era desconhecida. Cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres. O matrimônio era por grupos. Cada criança tinha vários pais e varias mães. LINS, Regina Navarro. O Livro do Amor. - 5ªed. – Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.

_____. Novas Formas de Amar. São Paulo: Planeta Brasil, 2017.

[2] É apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva, disse a corregedora nacional, ministra Nancy Andrighi. Ela pediu às corregedorias do País informações sobre o número de escrituras firmadas para estabelecer as uniões poliafetivas a fim de conhecer o tamanho do fenômeno. Ela estuda discutir o tema em audiência pública. THOMÉ, Clarissa. CNJ pede suspensão de registro de 'trisal'. Disponível em: http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cnj-pede-suspensao-de-registro-de-trisal,10000052712. Acesso em: 03 abril 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GRATUIDADE JUDICIÁRIA: A EVOLUÇÃO NA ADOÇÃO DE CRITÉRIOS MAIS SÓLIDOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE LEGAL PELO TRF DA 4ª REGIÃO

MARIA DO CARMO GOULART MARTINS SETENTA:
Mestra em direitos humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Rede Laureate International Universities (UniRitter), Defensora Pública Federal desde 2009, atualmente lotada na Defensoria Pública da União em Salvador/BA.

Resumo: O objetivo deste estudo é demonstrar que houve uma nítida evolução no que diz respeito aos critérios adotados pelos desembargadores das Turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4) quanto à concessão da assistência judiciária gratuita (AJG), se comparadas decisões dos anos de 2016/2017 com decisões dos últimos meses. Propõe-se a demonstrar os abismos que havia entre decisões que analisavam situações semelhantes e que acabavam por deferir AJG a indivíduos com alto poder aquisitivo e indeferi-la a outros com rendimentos mensais baixos, e como tal anacronismo gerava enorme insegurança jurídica, já que o jurisdicionado não sabia por quais parâmetros deveria se pautar para pedir AJG, e como isso mudou com a atual composição das referidas Turmas, pois atualmente se verifica uma maior homogeneidade em tais decisões. Pretende, ainda, demonstrar que não é inédita a existência de balizas claras para a concessão da justiça gratuita, já que na legislação brasileira há diversos exemplos de normas que preveem objetivamente quem pode ser beneficiado por políticas públicas, além de demonstrar que outros órgãos do estado brasileiro também se guiam pelos valores de rendimentos da população como forma de eleger quais cidadãos poderão se utilizar dos seus serviços gratuitamente.

Palavras-chave: Assistência judiciária gratuita; Concessão; Falta de critérios; Evolução jurisprudencial; Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito e abrangência da justiça gratuita – 2.1 Os beneficiários, os critérios legais para a concessão e o que pensa a doutrina a respeito – 3. Análise das decisões do TRF da 4ª Região: quais são os critérios norteadores para a concessão do benefício da AJG? – 3.1 A evolução das decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: a busca por critérios claros – 4. A adoção de critérios de renda por outros órgãos e em outras leis brasileiras – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1.Introdução

Sabe-se que grande parte dos cidadãos que ingressam na justiça a fim de buscar o direito que entendem violado pedem o benefício da gratuidade judiciária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com ele, pretendem livrar-se das custas processuais ordinárias, bem como de eventual condenação sucumbencial, em caso de ser julgada improcedente a demanda que iniciaram.

Na Justiça Federal de Porto Alegre/RS, estado dos mais litigantes da República[1], não é diferente. Sobre esse ponto, chama a atenção a evolução nos critérios utilizados nas decisões que tratam do tema, já que, até poucos anos atrás, não era tarefa fácil identificar-se um norte balizador para esses posicionamentos judiciais.

Como se verá no decorrer deste estudo, tanto para conceder como para negar a assistência judiciária gratuita (AJG), havia decisões de segundo graus que se pautavam pelos mais diferentes argumentos, dos mais rigorosos aos mais flexíveis, gerando uma verdadeira roleta-russa no momento de o demandante prever se seu pleito seria deferido, e mais que isso, saber se deveria ou não pedir o benefício.

Outro enfoque tratado será a forma como a legislação brasileira disciplina o tema, a fim de conferir se essa inexistência de parâmetros dos julgadores era reflexo da maneira como as próprias leis em vigor tratavam a matéria, bem como se havia precedentes nas leis nacionais para a adoção de parâmetros objetivos de verificação de renda para a concessão de benefícios outros à população, sem que isso trouxesse custos. Será discutido brevemente como outros órgãos públicos auferem a capacidade financeira da população que pretende usar dos seus serviços, como as Defensorias Públicas, que prestam assistência jurídica a pessoas que não possuem condição financeira de custear a contratação de advogados.

A forma como a doutrina processualista civil mais moderna se posiciona também será abordada, em especial, após o advento do Novo Código de Processo Civil.

2.Conceito e abrangência da justiça gratuita

Conforme ensina Fredie Didier Jr. (DIDIER, 2016), o benefício da justiça gratuita "consiste na dispensa do adiantamento de despesas processuais (em sentido amplo)".

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LXXIV, traz que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Assim, a fim de resguardar o direito de acesso à Justiça, o legislador permitiu que aqueles que não possuem recursos financeiros pleiteiem a isenção das despesas processuais.

Antes dela, porém, a lei 1.060/1950 já disciplinava o tema, sendo superada em muitos pontos pelo Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que de forma inédita trouxe uma seção inteira destinada ao instituto (Seção IV, Capítulo II, Livro II – artigos 98 a 102), além de tratar do tema de modo difuso em outros artigos.

No art. 98, § 1º, do CPC/2015, o legislador trouxe o rol das despesas que o beneficiário da AJG estará isento do pagamento*, in verbis*:

> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
>
> § 1º A gratuidade da justiça compreende:
>
> I - as taxas ou as custas judiciais;
>
> II - os selos postais;
>
> III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;
>
> IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;
>
> V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;
>
> VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;
>
> VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;
>
> VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;
>
> IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Tal listagem é exemplificativa, podendo o benefício isentar o autor de outras despesas processuais não elencadas no referido artigo, e que eventualmente surjam no decorrer do processo, tornando bastante extenso o alcance da benesse (DIDIER, 2016).

2.1 Os beneficiários, os critérios legais para a concessão e o que pensa a doutrina a respeito

Pela leitura do *caput* do art. 98 do CPC 2015 transcrito acima, podem ser beneficiários "a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira", e o principal critério legal é que os beneficiários não tenham recursos suficientes "para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios".

Já os §§ 2º e 3º do artigo 99 do CPC 2015, aduzem, respectivamente, que, o juiz só pode indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferi-lo, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos, e "Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.".

Ou seja, pela leitura da lei, basta a declaração de pobreza para que o benefício seja deferido, além disso, o julgador só pode indeferir o pleito se houver nos autos comprovação de que, na verdade, o autor não necessita da benesse, devendo ser oportunizado ao requerente possibilidade de comprovar sua hipossuficiência econômica, antes da decisão judicial.

De fato, parece boa a intenção do legislador, ao permitir que o julgador analise o caso concreto e averígue se o autor faz jus à AJG. Mas, sob quais critérios será feita essa análise? Partindo de qual premissa, o juiz, ao se deparar com o pedido de gratuidade judiciária, deverá decidir se aquele demandante tem recursos suficientes para custear a tramitação processual?

A fim de uniformizar o tema, o Conselho Nacional de Justiça foi interpelado por um bacharel em direito, em 2012, para analisar as regras objetivas criadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para a concessão da AJG, conforme noticiou o site jurídico Conjur[2]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O Conselho Nacional de Justiça analisa um processo que poderá culminar na definição de regras objetivas para a concessão do benefício da Justiça gratuita em todo país. Procedimento impetrado contra o Judiciário fluminense protesta contra a exigência feita por uma juíza que exigiu apresentação de Declaração de Imposto de Renda e contracheques de toda a sua família como forma de comprovar a necessidade de gratuidade. Especialistas e juízes apontam julgados que mostram que a questão é controversa em todo o país.

Contudo, um ano mais tarde, entendeu, o CNJ, que basta a declaração de pobreza para que o benefício seja deferido, anulando as regras da Corte carioca, e não regulando o tema, por entender suficiente a interpretação literal da legislação aplicável[3].

A doutrina, por sua vez, costuma apenas traduzir o que a legislação prevê, pouco adentrando no mérito da falta de critérios claros.

O autor José Augusto Garcia de Sousa (SOUSA, 2015), entende que, embora tenha havido a revogação do parágrafo único do art. 2º da lei 1.060/1950, que definia como necessitado todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, tal critério ainda deve ser levado em consideração pelos julgadores, "por representar uma tentativa mínima de especificar o conceito de necessitado para fins de concessão da gratuidade", sem olvidar, também, que "a análise do caso concreto tem, logicamente, bastante importância".

Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2016), não se exige que a parte seja pobre ou necessitada para que possa beneficiar-se da gratuidade da justiça, bastando não ter recursos suficientes para pagar as custas, as despesas e os honorários do processo, numa clara compreensão de que a pretensão do legislador é de que a análise deve ficar mesmo a cargo do julgador, já que varia muito o conceito pessoal do que é não ter "recursos suficientes para pagar custas, despesas e os honorários do processo".

Para Didier Jr. (DIDIER, 2016) "A lei não fala em números, não estabelece parâmetros. O sujeito que ganha boa renda mensal pode ser tão merecedor do benefício quanto aquele que sobrevive à custa de programas de complementação de renda.".

Exceção à gama de doutrinadores que não adentram na discussão quanto à criação de critérios objetivos, Nagib Slaibi Filho (SLAIBI FILHO, 2015) posiciona-se em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

franca objeção à adoção de parâmetros que norteiem a concessão do benefício, dizendo:

> Ainda hoje, desgraçadamente, há quem aplique pretensos critérios objetivos para a concessão da gratuidade de Justiça, geralmente de forma impeditiva do exercício da garantia fundamental, como, por exemplo, estabelecer que a ela não tem direito quem ganha mais de dois salários mínimos, ou quem reside em local considerado nobre da cidade, ou, até mesmo, porque comprou a prazo um veículo que pretende usar nas atividades profissionais.

Contudo, como se verá a seguir, esse amplo poder analítico conferido aos julgadores e defendido pela doutrina processualista, em muitos casos, acaba por gerar decisões bastante contraditórias em um mesmo Fórum, na mesma Turma Julgadora, e, às vezes, para o mesmo julgador, o que, ao fim e ao cabo, gera enorme insegurança jurídica aos próprios litigantes e permite decisões bastantes divergentes entre si.

3.Análise das decisões do TRF da 4ª Região: quais são os critérios norteadores para a concessão do benefício da AJG?

Adentrando-se mais a fundo no tema central deste artigo, necessária a verificação de como a Corte Federal da Região Sul lida com o ponto, em especial, no julgamento de agravos de instrumento interpostos pelos autores de demandas insatisfeitos com as decisões de primeiro grau que lhes foram desfavoráveis.

Pela pesquisa realizada, constatou-se, em decisões dos anos de 2016 e 2017, diversos parâmetros utilizados pelos desembargadores para decidirem pela concessão ou não da AJG, havendo, algumas vezes, mais de um critério utilizado pelo mesmo julgador quando da análise de situações semelhantes, e com pequeno espaço de tempo entre elas.

Para facilitar a visualização e compreensão das decisões, seguem abaixo várias ementas/decisões de julgados, com a identificação do critério utilizado e algumas observações relevantes sobre o caso concreto, senão vejamos.

Tabela 1

Itens	Ementas / decisões (grifei)	Critérios	Comentários

1	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CEF. AJG. PESSOA FÍSICA. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. Para a concessão da assistência judiciária gratuita, **basta a declaração de não possuir condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família**, cabendo à parte contrária o ônus de elidir a presunção de veracidade daí surgida - art. 4º da Lei nº 1060/50. (TRF4, AG 5014078-66.2017.404.0000, **TERCEIRA TURMA**, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 14/06/2017).	Basta a declaração do autor de que necessita do benefício	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia **R$ 6.720,00** mensais e reformada pelo Tribunal.
2	DECISÃO: (...) Entendo que deve ser eleito o critério de salários mínimos para a concessão da AJG. Partilho do entendimento de que **merece litigar ao abrigo do benefício da justiça gratuita todo aquele que percebe remuneração líquida mensal não superior a dez salários mínimos**. Aliás, as Turmas que compõe a Segunda Seção desta Corte há muito consagraram a tese de que faz jus ao benefício quem afirma a sua necessidade e percebe valor líquido inferior a 10 (dez) salários mínimos. (...) No caso dos autos, a parte agravante juntou documentos (evento 01 deste agravo) que comprovam	Renda mensal superior a 10 salários mínimos líquidos	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia **R$ 5.414,38** mensais e reformada pelo Tribunal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	rendimento líquido inferior a dez salários mínimos (R$ 5.414,38 - fevereiro 2017). Ante o exposto, defiro o benefício de AJG. (...) (TRF4, AG 5029777-97.2017.404.0000, **PRIMEIRA TURMA**, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 14/06/2017).		
3	EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ARTIGO 4º DA LEI N. 1.060/50. 1. Para a concessão da assistência judiciária **gratuita basta que a parte declare não possuir condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família**, cabendo à parte contrária o ônus de elidir a presunção de veracidade daí surgida - art. 4º da Lei nº 1060/50. 2. Incumbe à parte contrária, por meio de impugnação, a prova de que a parte autora não se encontra na condição assegurada na lei. 3. **Descabem critérios outros (como isenção do imposto de renda ou renda líquida inferior a 10 salários mínimos) para infirmar presunção legal de pobreza**, em desfavor do cidadão. Precedente da Corte Especial deste Tribunal e desta Turma (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009566-45.2014.404.0000, 6ª TURMA,	Basta a declaração do autor de que necessita do benefício	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia mais de **R$ 22.500,00** mensais e reformada pelo Tribunal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	Des. Federal CELSO KIPPER, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 26/06/2014) - (TRF4, AG 5051840-87.2015.4.04.0000, **SEXTA TURMA**, Relator HERMES SIEDLER DA CONCEIÇÃO JÚNIOR, juntado aos autos em 25/02/2016).		
4	**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. REQUISITOS COMPROVADOS. BENEFÍCIO DEFERIDO. Demonstrado nos autos que os rendimentos do requerente **estão abaixo do teto dos benefícios da Previdência Social**, **deve ser deferida a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.** (TRF4, AG 5008252-59.2017.404.0000, **SEXTA TURMA**, Relator (AUXÍLIO VÂNIA) HERMES S DA CONCEIÇÃO JR, juntado aos autos em 07/06/2017).	Renda mensal não superior ao valor do teto dos benefícios pagos pelo INSS	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia cerca de **R$ 5.000,00** mensais e reformada pelo Tribunal.
5	EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. TETO DO INSS EM 2016. INDEFERIMENTO. (...) No caso concreto, entretanto, tenho que a comprovação (Cadastro	Renda mensal não superior ao valor do teto dos benefícios pagos pelo INSS	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia mais de **R$ 5.800,00** mensais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	Nacional De Informações Sociais 9 - Evento 01, dos autos originários) da existência de **renda em valor superior ao teto máximo do INSS** em 2016 (R$ 5.189,82), me parece suficiente para ensejar o **indeferimento da Assistência Judiciária Gratuita.** (TRF4 5004150-91.2017.404.0000, **SEXTA TURMA**, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 05/06/2017).		e mantida pelo Tribunal.
6	DECISÃO: (...) Assim, passo a adequar meu entendimento à decisão proferida pela Corte Especial deste Regional no sentido de que, para o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita **basta a declaração da parte requerente no sentido de que não possui condições de arcar com os ônus processuais - descabendo outros critérios para infirmar a presunção legal de pobreza** - mas, restando à contraparte a comprovação em sentido contrário. ANTE O EXPOSTO, revogo a decisão liminar e voto por dar provimento ao agravo de instrumento **para conceder o benefício da justiça gratuita à parte autora**. (TRF4, AG 5002431-79.2014.404.0000, **SEXTA TURMA**, Relatora VÂNIA HACK	Basta a declaração do autor de que necessita do benefício	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia cerca de **R$ 19.000,00** mensais e reformada pelo Tribunal.

	DE ALMEIDA, juntado aos autos em 30/07/2014.		
7	DECISÃO: (...) Com base na renda comprovada e na ausência de outros elementos que a infirmar a presunção de necessidade de corrente da declaração feita pelo autor, reputo demonstrada, até o momento, a verosimilhança da pretensão à concessão da AJG. Ademais, ao se decidir sobre a concessão da assistência judiciária **não se pode deixar considerar as possíveis consequências da lide em todo o seu dimensionamento, projetando-se, o tanto quanto possível, o impacto de eventual sucumbência no orçamento do requerente.** Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal para conceder a Assistência Judiciária Gratuita**. Vista ao Agravado para se manifestar. Intimem-se. (TRF4, AG 5027563-36.2017.404.0000, **QUINTA TURMA**, Relator ROGERIO FAVRETO, juntado aos autos em 06/06/2017).	Discricionariedade do julgador	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia mais de **R$ 7.000,00** mensais e reformada pelo Tribunal.
8	DECISÃO: (...) Assim, pode-se concluir que a renda mensal não supera em muito o que se exige minimamente para uma sobrevivência digna, quiçá o	Renda mensal não superior ao valor do teto dos	Nesse caso, o Juiz de primeiro grau (competência delegada – Justiça Estadual) indeferiu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	valor tomado em consideração por este Tribunal para a concessão, ou não, do benefício da AJG **(o limite teto dos benefícios da Previdência Social).** Assim, não reconheço a presença de indícios de riqueza aptos a afastar a presunção de pobreza decorrente da declaração acostada pelo recorrente. Portanto, **defiro o pedido de efeito suspensivo**. Comunique-se ao juízo a quo. Intime-se, sendo o agravado para os fins do art. 1019, II, do NCPC. Publique-se. (TRF4, AG 5026580-37.2017.404.0000, **QUINTA TURMA**, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 06/06/2017).	benefícios pagos pelo INSS	a AJG sob o argumento que a autora não comprovou sua renda, e como recolhia para a Previdência como contribuinte individual, poderia pagar as custas. Decisão reformada pelo Tribunal.
9	DECISÃO: (...) Em que pese a revogação do art. 4º da Lei nº 1.060/50 pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), não houve alteração do entendimento acima exarado, visto que, conforme dispõe o art. 99, § 3º, do CPC/15, há presunção de veracidade na alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural. No caso, **considerando que o agravante declarou no recurso a sua hipossuficiência, defiro o pedido de AJG.** Ante o exposto, **defiro o pedido de efeito suspensivo**. À parte agravada para contrarrazões.	Basta a declaração do autor de que necessita do benefício	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia mais de **R$ 7.000,00** mensais e reformada pelo Tribunal.

	Após, inclua-se o feito em pauta. (TRF4, AG 5026781-29.2017.404.0000, **SEGUNDA TURMA**, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 01/06/2017).		

Analisadas as ementas e decisões acima trazidas, verifica-se que os critérios são distintos entre as Turmas, às vezes dentro das Turmas (vide itens 7 e 8 da tabela 1) e outras vezes para o mesmo julgador (vide itens 3 e 4; 5 e 6 da tabela 1).

Numa mesma Turma, chegou-se ao absurdo de se conceder o benefício da justiça gratuita a um autor que auferia renda mensal de R$ 22.500,00 (vide item 3 da tabela 1), e negar-se a benesse a outro que recebia R$ 5.800,00 mensais (vide item 5 da tabela 1).

É longa a lista dos julgados do TRF/4 que, reformando decisões de primeiro grau, concederam a gratuidade judiciária a autores que perfaziam rendam mensal muito acima da média da população brasileira, em muitos casos possuidores de bens e aplicações financeiras e residentes em bairros de alto padrão da capital gaúcha (vide, por exemplo, as decisões dos processos nº 50383350620144047100 (renda superior a R$ 14.000,00), 50332986120154047100 (renda mensal superior a R$ 19.000,00), 50369230620154047100 (renda mensal superior a R$ 14.000,00), 50239147420154047100 (renda mensal superior a R$ 14.000,00), 50065439720154047100 (renda mensal superior a R$ 17.000,00), 50903270620144047100 (renda superior a R$ 18.000,00), 50532099320144047100 (renda superior a R$ 13.000,00), 50738726320144047100 (renda superior a R$ 11.000,00), 50934259620144047100 (renda superior a R$ 13.000,00), 50371430420154047100 (renda superior a R$ 11.000,00), 50343612420154047100 (renda superior a R$ 12.000,00), 50587377420154047100 (renda superior a R$ 12.000,00), 50575356220154047100 (renda superior a R$ 13.000,00), 50564088920154047100 (renda superior a R$ 12.000,00), 50631997420154047100 (renda superior a R$ 12.000,00)).

Em quase a totalidade dos casos, o critério do Tribunal era o de que bastava a declaração do autor acerca da necessidade do benefício para que lhe fosse concedido, conforme disciplinava a Lei nº 1.060/1950 e, agora mais recentemente, como disciplina o CPC 2015. Ou seja, por mais que os Juízes de primeiro grau analisassem a situação fática da condição financeira do demandante, o TRF/4

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

somente avaliava se o autor havia feito um simples pedido de concessão de AJG, numa interpretação literal do § 3º do art. 99 do CPC 2015.

3.1 A evolução das decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: a busca por critérios claros

Apesar as incongruências apontadas anteriormente, pesquisa por decisões mais atuais da referida Corte, demonstram uma maior coesão dos acórdãos, no que se refere a critérios mais claros para a análise da gratuidade judiciária.

É isso que se denota da análise de recentes decisões do TRF/4, conforme tabela 2 abaixo.

Tabela 2

Itens	Ementas (grifei)	Critérios	Comentários
1	**DECISÃO:** O Juiz GUILHERME MAINES CAON indeferiu a gratuidade (§ 5º do artigo 85 do CPC): "passo a adotar o parâmetro do art. 790, §3º da CLT como regra geral para a aferição do direito à assistência judiciária gratuita, de modo que, em sendo o rendimento líquido superior a 40% do teto dos benefícios do RGPS (atualmente, R$ 2.440,42), não há, como regra, direito à justiça gratuita". **A Turma tem decidido reiteradamente que, "[demonstrado] nos autos que os rendimentos do requerente estão abaixo do teto dos benefícios da Previdência Social, deve ser deferida a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita** (5004412-41.2017.404.0000 - ARTUR CÉSAR DE SOUZA). Conforme foi provado na origem, o agravante recebe renda bruta mensal em torno de R$ 3.008,05. Portanto, há evidência da "probabilidade	Renda mensal não superior ao valor do teto dos benefícios pagos pelo INSS	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau sob o critério de rendimento líquido superior a 40% do teto dos benefícios do RGPS. Reformada pelo Tribunal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	do direito" e está provado "o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo", nos termos do artigo 300 do CPC, visto que o segurado já está intimado para o recolhimento das custas, "sob pena de cancelamento da distribuição". Defiro o pedido de antecipação da pretensão recursal e determino a suspensão da decisão. Comunique-se ao Juízo de origem. Intimem-se o segurado desta decisão e o INSS para os fins do inciso II do artigo 1.019. Após o prazo para a resposta, inclua-se na próxima pauta disponível. (TRF4, AG 5034812-33.2020.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relator JULIO GUILHERME BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER, juntado aos autos em 27/07/2020)		
2	**Decisão**: (...) Todavia, refletindo sobre a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, no que se refere ao critério objetivo, renda mensal, entendo razoável presumir e reconhecer a hipossuficiência do jurisdicionado, quando a renda do requerente, apesar de superar a média de rendimentos dos cidadãos brasileiros em geral, ou o limite de isenção do imposto de renda, não for superior ao teto dos benefícios da Previdência Social, atualmente fixado em R$ 6.101,06 (seis mil, cento e um reais e seis centavos). Oportuno esclarecer que, além do critério objetivo, há questões peculiares em cada caso concreto submetido a apreciação deste juízo que não passam despercebidas na análise do requerimento de assistência judiciária, como, por exemplo, descontos legais e	Renda mensal não superior ao valor do teto dos benefícios pagos pelo INSS	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor não comprovou a alegada hipossuficiência econômica, sendo reformada pelo Tribunal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	outros regulares e comprovados. Acresço: em síntese**, cabe o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita quando demonstrado que os rendimentos da parte requerente estão abaixo do teto dos benefícios da Previdência Social** ou, além do critério objetivo, assim se imponha em face de questões peculiares em cada caso concreto Nestas condições, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Comunique-se ao Juízo de origem. Intime-se a parte agravada. Após, voltem conclusos. (TRF4, AG 5033556-55.2020.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 23/07/2020)		
3	**Decisão**: (...) Com efeito, analisando a cópia da declaração IRPF, exercício 2019 (originário, evento 6, DECL 2), onde consta que o Agravante possui (casa, lote de terreno, participação em empresas, renda fixa BB em conjunto com a cônjuge e ações) bens e direitos que totalizaram valor acima de R$600.000,00 (seiscentos mil reais), mesmo que declare renda abaixo do teto do RGPS, tenho que a sua condição econômico/financeira está bem acima da média daqueles que rotineiramente pugnam pela gratuidade judiciária, o que desautoriza a reforma da decisão recorrida. Pelo exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela. Comunique-se. Intimem-se, sendo a parte agravada para fins do art. 1019, II, do CPC. (TRF4, AG 5033135-	Levou-se em consideração a condição econômica geral do autor	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia mais de **R$ 22.500,00** mensais e reformada pelo Tribunal.

	65.2020.4.04.0000, QUINTA TURMA, Relator ALTAIR ANTONIO GREGÓRIO, juntado aos autos em 22/07/2020)		
4	**Decisão**: (...) Registro que, não obstante seja possível a utilização de balizadores para deferimento da gratuidade judiciária, alguns deles bem razoáveis como, por exemplo, o valor da renda média do trabalhador brasileiro ou o valor teto para aposentadoria pelo RGPS, a meu juízo, **é imperativo que se analisem as condições gerais do caso em concreto.** (...) No caso, não há elemento apto a afastar a afirmação da parte no sentido da impossibilidade de suportar as despesas do processo. A requerente comprovou que percebe salário mensal no valor bruto de R$ 5.420,35, competência março/2020 (evento 1 - CHEQ2), referente ao labor como enfermeira do trabalho, que exerce na empresa AGRODANIELI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. Considerando que não há indícios de suficiência econômica, deve ser deferido o benefício. Pelo exposto, defiro a antecipação da tutela recursal. Intimado, o agravado não apresentou contrarrazões. Nada havendo a acrescentar à decisão inicial, mantenho-a e dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, V, "b", do CPC. Intimem-se, após o trânsito em julgado dê-se baixa. (TRF4, AG 5015085-88.2020.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 01/07/2020)	Levou-se em consideração a condição econômica geral do autor	Nesse caso concreto, a AJG foi indeferida em primeiro grau, pois o autor recebia cerca de **R$ 5.000,00** mensais e reformada pelo Tribunal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5	Decisão: (...) No caso em apreço, consta da decisão recorrida que o agravante percebe mensalmente os valores de R$ 16.177,64 (IPREVILLE), R$ 1.344,00 (UNIMED Joinville/SC) e de R$ 6.491,83 (Ministério da Saúde), verbis: (...) Intimado para que comprove a satisfação dos requisitos necessários para o deferimento da AJG, nos termos da decisão do evento 23, veio aos autos para juntar novos documentos (evento 36), dos quais extrai-se que de proventos do IPREVILLE percebe em torno de R$ 16.177,64 (competências out. e nov./2019), da UNIMED Joinville/SC recebe fundo de assistência ao cooperado no valor de líquido R$ 1.344,00 e de proventos do Ministério da Saúde o aufere renda no valor de R$ 6.491,83**. Do extrato bancário apresentado, muito embora o saldo esteja zerado, de sua análise, constata-se elevadas aplicações em fundo, operação 51, sendo sua conta caracterizada como remunerada, ou seja, embora conste como saldo zerado, a medida que se contabilizam débitos, há resgate automático no fundo 51, a importar, portanto, o saldo disponível ao cliente (R$ 29.128,00 C, em 12/2019), não o saldo de sua conta corrente (R$ 0,00 C, em 12/2019) - 36-EXTR_BANC5. (...) Diante desse contexto, tenho, em exame perfunctório, que não se sustenta a presunção de hipossuficiência econômica decorrente da declaração de pobreza prestada nos autos principais.** Ante o	Levou-se em consideração a condição econômica geral do autor	Nesse caso, a AJG foi indeferida em primeiro grau, sendo tal decisão mantida pelo TRF, em razão de a renda da parte autora ser superior a 10 salários mínimos.

	exposto, indefiro o pedido de liminar recursal. Intimem-se, sendo a parte agravada também para as contrarrazões. Após, inclua-se o feito em pauta de julgamento. (TRF4, AG 5034998-56.2020.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS, juntado aos autos em 28/07/2020)		
6	**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENDA MENSAL ACIMA DO TETO DO RGPS. DESPROVIMENTO. 1. **Mostra-se razoável presumir a hipossuficiência da parte quando sua renda mensal não superar o teto dos benefícios da Previdência Social, atualmente fixado em R$6.101,06 (seis mil, cento e um reais e seis centavos).** 2. É entendimento desta Terceira Turma que devem ser apurados, para o fim de concessão da AJG, os rendimentos líquidos da parte interessada, e considerados, para tal fim, apenas, os descontos obrigatórios/legais (tais como Importo de Renda, Contribuição Previdenciária e pensão) e, excepcionalmente, gastos com saúde (apurada a gravidade da doença no caso concreto e os gastos respectivos, ainda que não descontados em folha de pagamento). Esclareça-se que gastos voluntários, como empréstimos descontados em folha, não poderão ser descontados do total de vencimentos para o fim de apuração da renda líquida do requerente. 3. No caso concreto, conforme documentos anexados aos autos de n° 50736762020194047100, o	Renda mensal não superior ao valor do teto dos benefícios pagos pelo INSS	Nesse caso, a AJG foi indeferida em primeiro grau, decisão mantida pelo Triubnal, pois os rendimentos da parte autora superavam o teto dos benefícios previdenciários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	agravante percebe rendimentos líquidos superiores ao teto de rendimentos do RGPS (R$ 6.386,04), já considerados os descontos legais obrigatórios e somados os empréstimos voluntários. (TRF4, AG 5017327-20.2020.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 29/07/2020)		

Tais ementas e decisões acima elencadas demonstram que os critérios estão mais homogêneos: atualmente, em regra, as Turmas se pautam ora pelo teto dos benefícios pagos pelo INSS (itens 1, 2 e 6 da tabela 2), ora por uma análise mais atenta à condição financeira geral do autor (itens 3, 4 e 5 da tabela 2).

Note-se que, na tabela 2, foram trazidas decisões das Primeira, Terceira, Quinta e Sexta Turmas do Tribunal, e de desembargadores diferentes, o que demonstra, de fato, que as decisões quanto à gratuidade judiciária estão mais lineares.

4.A adoção de critérios de renda por outros órgãos e em outras leis brasileiras

Não é inédito na esfera pública brasileira que sejam estipulados pelo Poder Judiciário critérios objetivos para identificação daqueles que podem gozar do benefício da gratuidade judiciária.

Isso porque ao analisar-se como outros órgãos tratam da questão financeira dos cidadãos interessados em utilizarem dos seus serviços, vê-se que sempre há alguma objetividade que serve de ponto de partida para a averiguação da real necessidade do indivíduo se valer do benefício estatal.

Na Defensoria Pública da União (DPU), por exemplo, o critério adotado para que uma pessoa possa se valer do atendimento do referido órgão, que presta assistência jurídica gratuita, é o da renda familiar mensal não superior a R$ 2.000,00[4]. Esta aferição não está dissociada, por óbvio, da análise do caso concreto, que pode permitir o deferimento do atendimento àqueles que possuam renda que supere o limite estabelecido, tudo a depender da condição global do assistido, mas tal valor já dá o norte de onde deve partir o defensor público.

É isso que diz o § 6º da Resolução nº 133/2016 do Conselho Superior da DPU, *in verbis*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Os critérios estabelecidos neste artigo não excluem a aferição pelo Defensor Público da vulnerabilidade no caso concreto, por meio de decisão devidamente fundamentada, quer quanto ao deferimento, quer quanto ao indeferimento da assistência jurídica integral e gratuita.

O mesmo ocorre com a Defensoria Pública do estado do Rio Grande do Sul (DPE/RS), que estabeleceu como parâmetro a renda mensal líquida familiar igual ou menor que três salários mínimos[5].

Da mesma forma, a DPE/RS autoriza a flexibilização desse limite, desde que existam razões fundamentadas para tanto, conforme aduz o art. 4º da Ordem de Serviço nº 11/1997 da DPE/RS: "O limite previsto no art. 2º poderá ser ampliado, através da justificativa específica, considerando-se a excepcionalidade do pedido e o prejuízo que o procedimento em discussão poderá acarretar à parte, face à gravidade e urgência da matéria discutida.".

Vê-se, assim, que nas duas instituições citadas, e que prestam atendimento a hipossuficientes econômicos, há critérios objetivos que parametrizam a averiguação da situação financeira dos cidadãos, a fim de conferir se podem ou não se valerem dos serviços prestados pelos órgãos.

Na legislação brasileira, também, há exemplos da adoção de critérios objetivos de renda quando se trata de concessão de benefícios aos cidadãos.

É o caso do da Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família, que prevê em seu artigo 2º:

> Art. 2º Constituem benefícios financeiros do Programa, observado o disposto em regulamento: (...)
>
> IV - o benefício para superação da extrema pobreza, no limite de um por família, destinado às unidades familiares beneficiárias do Programa Bolsa Família e que, cumulativamente:
>
> a) tenham em sua composição crianças e adolescentes de 0 (zero) a 15 (quinze) anos de idade; e
> b) apresentem **soma da renda familiar mensal e dos benefícios financeiros previstos nos incisos I a III igual ou inferior a R$ 70,00 (setenta reais) per capita**. (grifei)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mesmo raciocínio pode ser usado em relação à Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola. A redação do seu artigo 2º é a seguinte:

> Art. 2º A partir do exercício de 2001, a União apoiará programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos: (...)
>
> II - tenham como beneficiárias as famílias residentes no Município, com **renda familiar per capita inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do Poder Executivo para cada exercício** e que possuam sob sua responsabilidade crianças com idade entre seis e quinze anos, matriculadas em estabelecimentos de ensino fundamental regular, com frequência escolar igual ou superior a oitenta e cinco por cento; (grifei)

Portanto, fica claro que não há ineditismo nem para o arcabouço jurídico nacional, tampouco em relação às práticas adotadas por outros órgãos que sejam criadas regras objetivas que pautem a análise da condição de hipossuficiência econômica para fins de concessão da AJG.

5.Considerações finais

Pela pesquisa jurisprudencial feita neste estudo, identificou-se, nos julgados de 2016 e 2017, a falta de critérios uníssonos nas decisões proferidas pelo Tribunal Regional da 4ª Região quando posta sob julgamento a concessão da gratuidade judiciária.

Tal forma de conduzir os processos acabava por gerar grave insegurança jurídica, na medida em que não se sabia o que esperar acerca do pleito de AJG, tampouco ficava claro para os litigantes a qual limite deveriam se pautar para fazerem o pedido do benefício.

A falta de critérios claros e únicos para a análise resultava no deferimento da benesse para cidadãos que, sem dúvida, não foram o objeto dessa previsão legal, que veio para possibilitar o acesso à justiça, e que a busca por parâmetros mais simples e objetivos traz maior segurança a todos, além de distribuir melhor a justiça.

Identifica-se estar ultrapassado o argumento da impossibilidade de estipular um limite inicial para a análise, já que há precedentes legais sobre o tema, bem como há regramentos internos de outros órgãos que disciplinam a forma como a abrangência da lei deverá ser tratada, a fim de conferir o acesso a políticas públicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e benefícios legais a quem realmente precisa. Tanto é que, passados 4 anos, nota-se uma maior coerência e transparência nas decisões do TRF da 4ª Região.

Com a crescente redução do orçamento do Poder Judiciário[6], face às crises econômica e política que atravessamos, aliada à necessidade de se efetivar o entendimento constitucional de que os recursos públicos devem ser usados com parcimônia e responsabilidade, não se pode mais admitir que autores com nítida condição financeira não condizente com a pobreza alegada nos processos continuem gozando de benefícios como a assistência judiciária gratuita, sob o argumento judicial de que basta a declaração de pobreza para que o benefício seja deferido, o qual, a depender da vontade dos julgadores, poderia ser facilmente combatido e mitigado.

É louvável a busca dos julgadores por decisões mais lineares – o que, de forma alguma, engessa o poder de decidir dos julgadores – com a adoção de parâmetros claros e padronizados na análise dos pedidos de concessão da AJG, à semelhança de outras normas e procedimentos legais, a garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

6. Referências

ACESSO À JUSTIÇA gratuita poderá ter novos critérios. *Câmara notícias*. Brasília, 18/11/2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/502782-ACESSO-A-JUSTICA-GRATUITA-PODERA-TER-NOVOS-CRITERIOS>. Acesso em: 30 jul. 2020.

ANUÁRIO da Justiça Federal – 2017. São Paulo: Consultor Jurídico, 2017.

CNJ ANULA ato do TJRJ que burocratizava o benefício da gratuidade na Justiça. Agência CNJ de Notícias. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/189085/cnj-anula-ato-do-tj-rj-que-burocratizava-o-beneficio-da-gratuidade-na-justica>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CNJ PODERÁ regular concessão de Justiça gratuita. *Consultor Jurídico.* São Paulo, 08/05/2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-08/cnj-determinar-regras-objetivas-concessao-justica-gratuita>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DELLORE, Luiz. **Justiça gratuita no novo CPC: Lado A.** Disponível em: <http://jota.info/colunas/novo-cpc/justica-gratuita-novo-cpc-lado-09032015>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DELLORE, Luiz. **Novo CPC: o Lado B da Justiça Gratuita (aquilo que não gostaríamos de ouvir).** Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

<http://genjuridico.com.br/2015/10/13/novo-cpc-o-lado-b-da-justica-gratuita-aquilo-que-nao-gostariamos-de-ouvir/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18ª ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETE, Elpídio. **Assistência judiciária: concessão dos benefícios, procedimento, impugnação e recursos.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/05/04/assistencia-judiciaria-concessao-dos-beneficios-procedimento-impugnacao-e-recursos/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGALHÃES, Arnaldo Pereira; PEREIRA, Efigênia. **Manual Prático de Metodologia com ênfase em Trabalho de Conclusão de Curso – TCC: Monografias e Artigos Científicos.** 2ª ed. Rio de Janeiro, Leon Denis, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

O USO da Justiça e o litígio no Brasil - Estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Brasília, 2015. Disponível em: <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SLAIBI FILHO, Nagib. **A Constituição e a Gratuidade da Justiça no CPC 2015.** José Augusto Garcia de Sousa (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STJ julga se novo CPC exige prova de necessidade de gratuidade de Justiça. *Consultor Jurídico.* São Paulo, 28/04/2016. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-abr-28/stj-julga-cpc-exige-prova-necessidade-justica-gratuita>. Acesso em: 30 jul. 2020.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[1] O uso da Justiça e o litígio no Brasil - Estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e publicado em 2015 (link para acesso - https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf).

[2] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/cnj-determinar-regras-objetivas-concessao-justica-gratuita>. Acesso em: 30 jul. 2020.

[3] Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/189085/cnj-anula-ato-do-tj-rj-que-burocratizava-o-beneficio-da-gratuidade-na-justica>. Acesso em: 30 jul. 2020.

[4] O art. 2º da Resolução nº 133/2016 e o art. 1º da Resolução nº 134/2016 do CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO prevêem que, *in verbis*: Art. 2º. Presume-se economicamente necessitada a pessoa natural integrante de núcleo familiar cuja renda mensal bruta não ultrapasse valor fixado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública da União para atuação do órgão. Art. 1º. O valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita, na forma do art. 2º da Resolução CSDPU 133/2016, será de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

[5] O art. 2º da Ordem de Serviço nº 11/1997 da DPE/RS traz que "Será considerado hipossuficiente de recursos aquele que comprovar renda mensal líquida familiar igual ou menor a três salários mínimos."

.[6] Links para notícias: https://intra2.trf4.jus.br/clipping/planejamento-de-cjf-para-proximos-cinco-anos-foca-na-reducao-de-gastos/

https://intra2.trf4.jus.br/aviso/trf4-mantem-economia-de-energia-eletrica-em-47/

https://intra2.trf4.jus.br/clipping/%C2%93orcamento-restrito%C2%94-e-o-maior-problema-da-justica-federal/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV: ASPECTOS JURÍDICOS FRENTE AO DIREITO PENAL

GIOVANNA MARTINS DE AGUIAR CORDIOLI

Artigo científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título em Bacharel em Direito. Orientador Prof. Dr. ADEMIR GASQUES SANCHES e Coorientadora Prof. Me. MÁRCIA KAZUME PEREIRA SATO.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar a tipificação da transmissão dolosa do HIV, um retrovírus que surgiu em meados de 1930, e que é o causador da AIDS. Tratando-se de doença incurável, é um vírus que pode ser transmitido de diversas maneiras deixando as defesas do organismo comprometidas e com a obtenção de qualquer infecção oportunista, ou até mesmo uma gripe pode vir a ser fatal. Após um breve entendimento sobre o vírus entramos no âmbito jurídico onde tipificamos a conduta do agente. A transmissão dolosa do vírus, acabou se tornando um delito singular, porém sem uma tipificação exata, sendo compreendida desde então como lesão corporal gravíssima, homicídio consumado e tentado, e perigo de contágio de moléstia grave. Atualmente, esta tese está praticamente pacificada tanto na doutrina como na jurisprudência, tendo em vista que a transmissão dolosa do vírus é considerada crime de lesão corporal gravíssima, na modalidade de doença incurável. Foram trazidas estatísticas e tratados assuntos como as excludentes de ilicitude e transmissão culposa do vírus que se trata de uma conduta atípica pois o estado não conseguiria punir todas as transmissões culposas do vírus.

Palavras-chave: Doença; Diagnóstico; Julgamento; Homicídio; Lesão.

ABSTRACT: This article aims to study the typification of the malicious transmission of HIV, a retrovirus that emerged in the mid-1930s, and which causes AIDS. As an incurable disease, it is a virus that can be transmitted in many ways, leaving the body's defenses compromised and getting any opportunistic infection, or even a flu can be fatal. After a brief understanding of the virus we entered the legal scope where we typify the conduct of the agent. The malicious transmission of the virus turned out to be a singular offense, but without an exact typification, and has since been understood as a serious personal injury, a consummate and attempted murder, and a danger of contagion from serious illness. Currently, this thesis is practically pacified in both doctrine and jurisprudence, considering that the malicious transmission of

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

the virus is considered a crime of very serious bodily injury, in the form of incurable disease. Statistics were brought up and issues were dealt with, such as excluding the illegality and guilty transmission of the virus, which is an atypical conduct because the state could not punish all the guilty transmissions of the virus.

Keywords: Disease; Diagnostic; Judgment; Murder; Lesion.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO E ASPECTOS DO VIRUS HIV. 3. PEP-PROFILAXIA PÓS-EXPOSIÇÃO AO HIV. 4. TRANSMISSÃO DOLOSA E O DIREITO PENAL. 4. 1 Do perigo de contágio de moléstia grave. 4.2. Do homicídio tentado ou consumado. 4.3. Da lesão corporal gravíssima. 5. DO DOLO. 5.1. Da transmissão culposa do vírus. 5.2. Da excludente de ilicitude. 6. ESTATÍSTICAS. 7. DISCUSSÃO E RESULTADO. 8. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO:

O HIV (Human Immunodeficiency Virus), é um retrovírus que surgiu em meados de 1930. Causador da AIDS (doença sexualmente transmissível), pode ser contraída através de relações sexuais, de seringas contraminadas, dentre outras maneiras. Obter a doença, por si só, não caracteriza ato ilícito, porém, nos últimos anos, surgiram diversos casos de pacientes que foram contaminados dolosamente com o vírus pelos seus parceiros sexuais.

A mesma já foi classificada como homicídio, perigo de contágio de moléstia grave e lesão corporal gravíssima, havendo a análise de cada espécie desses delitos e sua comparação com a transmissão dolosa do vírus.

A transmissão dolosa do vírus, acabou se tornando um delito singular, porém sem uma tipificação exata, sendo compreendida desde então como lesão corporal gravíssima, homicídio consumado e tentado, e perigo de contágio de moléstia grave. A transmissão pode ser tanto dolosa quanto culposa, mesmo não se falando em punição neste sentido.

Sendo sempre envolvida em grandes polêmicas, a questão da AIDS na dogmática penal sempre foi uma questão em pauta. Embora possa ser transmitida por doenças sexuais desprotegias, a AIDS não é uma doença venérea. Em regra geral, se o agente sabe ou deve saber estar infectado com o vírus HIV, e mantém relação sexual com parceiro insciente desse fato, ele responde, pelo ato em si, pelo crime do art. 131.

No caso da excludente de ilicitude, parece ser ilógico o fato de uma vítima consentir para que seja infectada, mas em alguns crimes, a o consentimento do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ofendido vem sucedendo, pois a mesma acha o fato irrelevante ou sem ameaça à integridade a saúde psíquica ou física.

Sendo considerada uma doença pacificada nos dias de hoje, as estatísticas continuam trazendo muitas mortes devido aos descasos com o tratamento que é oferecido pelo governo. Apesar dos números de óbitos terem caído a epidemia continua matando, sendo só no estado de São Paulo, cerca de oito óbitos por dia, ou aproximadamente 2,7 mil mortes a cada ano.

2. CONCEITO E ASPECTOS DO VÍRUS HIV:

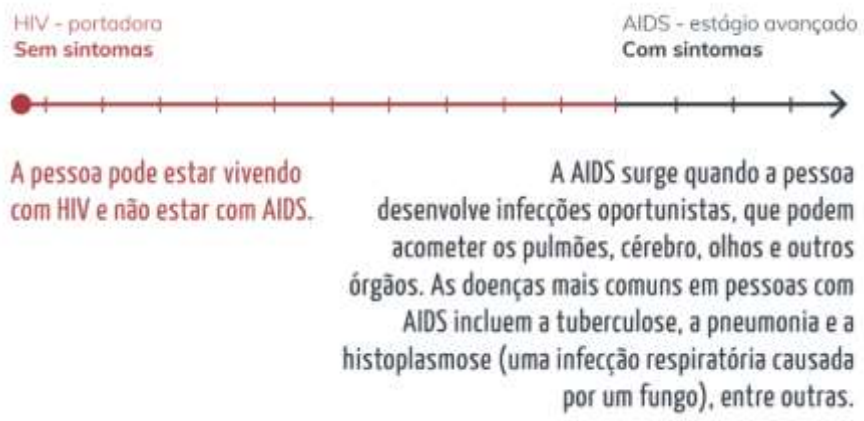
O HIV é uma doença sexualmente transmissível (DST), sendo capaz de ser contraída através do ato sexual, e mútuas maneiras como seringas contaminadas, contato com o sangue contaminado, dentre outras. Não obtendo cura, existem remédios que limitam a progressão da doença, reduzindo o número de mortes e de infecção.

O surgimento do vírus surgiu através do contato do ser humano com chimpanzés, em tribos da África central que caçavam e domesticavam chimpanzés e macacos-verdes. O vírus se hospeda nas células do sistema imunológico, que passam a destruir a si mesmas, deixando o corpo sem proteção para qualquer ameaça. Com as defesas do organismo comprometidas qualquer infecção oportunista, ou até mesmo uma gripe podem ser fatais.

O vírus pode não se manifestar em pessoas infectadas, sendo soropositivas, onde as mesmas não apresentam comprometimento no sistema imunológico. Pessoas assim podem viver por anos sem manifestar nenhum sintoma ou desenvolver a AIDS, entretanto, mesmo não sendo identificadas como portadoras do vírus HIV, são consideradas transmissoras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 1 – Pessoa Portadora sem Sintomas e em Estágio Avançado do Vírus



Fonte: HILAB (2018).

O diagnóstico, geralmente é realizado através de exames que detectam o vírus na saliva ou no sangue, e são realizados aproximadamente 30 dias após a exposição, pois procuram anticorpos contra o HIV no sangue para detectar a infecção. São diversos os testes, tais como os de fluído oral (mais recente modalidade de testagem), os testes convencionais, testes rápidos e os confirmatórios. Podendo ser feito de forma anônima, os testes ficam prontos em cerca de 30 minutos.

O HIV é dividido em diversas fases, que correspondem ao tempo da sua manifestação. A primeira é a fase aguda, correspondente às primeiras semanas de infecção (de 3 a 4 semanas), nesta fase a pessoa pode apresentar poucos sintomas, tais como dor de cabeça, dor de garganta, febre, dor ocular, dentre outros, ou até mesmo não apresentar sintoma nenhum. Terminado esse período, dá-se início a fase intitulada assintomática ou de latência clínica (de 8 a 10 anos), uma fase que ainda que o vírus esteja se replicando no organismo, habitualmente não há desenvolvimento de manifestações clínicas. Neste período, o risco de propagação é maior quando a pessoa convivente com o vírus desconhece a doença. Como última fase, temos a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), fase em que a pessoa, devido ao comprometimento do sistema imunológico, fica doente e então, mais propensa ao desenvolvimento de infecções oportunistas. Comumente incluem sintomas como perda de peso, sudorese noturna, cansaço, falta de apetite, queda de cabelo, dentre outros. Apesar de não haver cura, no Brasil, todas as pessoas diagnosticadas com o vírus recebem tratamento gratuito do governo, através do Sistema Único de Saúde (SUS).

Vários métodos podem ser adotados para a prevenção da doença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 2 – Roleta de Prevenção e Outros Aspectos Estruturais

Fonte: CARTA CAPITAL (2019).

3. PEP - PROFILAXIA PÓS-EXPOSIÇÃO AO HIV:

A PEP é uma medida de prevenção de urgência à infecção por infecções sexualmente transmissíveis (IST), que adversa da camisinha, evita o contato com o vírus (presente no sêmen) durante o ato sexual, esta medida atua quando a pessoa já foi exposta ao vírus.

Conhecida como "pílula do dia seguinte do HIV", é oferecida gratuitamente pelo SUS. A Profilaxia consiste no uso de medicamentos antirretrovirais que reduzem o risco de infecção em situações de exposições ao vírus. Deve ser iniciada celeremente, tratando-se de urgência médica. A medicação deve ser utilizada por 28 dias consecutivos, sem intervalos, e a pessoa deve ser acompanhada por profissionais da área da saúde durante 90 dias. As testagens sorológicas da pessoa exposta devem ser feitas 30 e 90 dias depois da possível infecção.

Deve ser aplicada posteriormente a qualquer situação em que exista risco de contágio, tais como:

- Violência sexual
- Relação Sexual Desprotegida
- Acidente Ocupacional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. TRANSMISSÃO DOLOSA E O DIREITO PENAL:

Sendo sempre envolvida em grandes polêmicas, a questão da AIDS na dogmática penal sempre foi uma questão em pauta. Embora possa ser transmitida por doenças sexuais desprotegias, a AIDS não é uma doença venérea. Em regra geral, se o agente sabe ou deve saber estar infectado com o vírus HIV, e mantém relação sexual com parceiro insciente desse fato, ele responde, pelo ato em si, pelo crime do art. 131.

> Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Se da relação sexual desprotegida, o parceiro contrai a AIDS, há uma mudança de tipificação, ou seja, o agente responderá por lesões corporais gravíssimas (art. 129, § 2º, II) a depender do exame do seu dolo (vontade de lesionar).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código Penal, (2009, p.225), dolo:

> a) a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista- é o denominado dolo natural);
>
> b) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (visão causalista- é o denominado dolo normativo);
>
> c) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, compreendendo o desvalor que a conduta representa (é o denominado dolo axiológico).

Por outro lado, se o agente informa ao parceiro ser portador do vírus e este consente livremente em manter relações sexuais sem proteção (sem preservativos), há a incidência do princípio da auto colocação em risco que, consoante a teoria da imputação objetiva, exclui a tipicidade do ato.

Um dado relevante diz respeito ao avanço da medicina, tornando a AIDS uma doença controlável, embora incurável, mas não mais letal como no passado recente.

Deve-se registrar que o crime de perigo de contágio venéreo é reconhecido como sendo um crime de perigo concreto, exigindo, portanto, a demonstração da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

probabilidade do dano. Nessa forma, se a vítima é imune ou já é portadora da doença venérea não haverá o delito. Tratar-se-á de crime impossível.

Várias correntes foram criadas e analisadas desde a descoberta do vírus sobre sua transmissão intencional. Embora semelhantes, as correntes possuem pequenas diferenças cruciais na hora do julgamento do agente.

4.1. Do perigo de contágio de moléstia grave:

A primeira corrente, defende que a transmissão dolosa do vírus deve ser tachada como o crime de perigo de contágio venéreo (art. 130, §1º, do Código Penal), no entanto, a mesma não logrou êxito pois a AIDS pode ser transmitida de diversas maneiras e não só através de conjunções carnais ou outros atos libidinosos, não podendo ser considerada uma doença venérea.

Outra corrente entende que a AIDS pode ser tratada como crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do Código Penal), justamente por entenderem que a AIDS não é doença venérea.

Pelo mérito da questão, o Supremo Tribunal Federal expôs, por meio do Habeas Corpus 98.712, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello. Embora que de forma tardia (prolatada apenas em outubro de 2010), a decisão serviu para eliminar quaisquer apreciações adeptas ao enquadramento da transmissão do vírus HIV como homicídio tentado.

> Resta a questão alusiva à submissão do paciente ao Tribunal do Júri. Observem a interpretação sistemática. Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que já, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o artigo 131: 'praticar, com o fim de transmitir a outrem, moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. (...)
>
> MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO – HIV – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS O DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> se para o enquadramento de ato relativo à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações. (HC 98712, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010.

4.2. Do homicídio tentado ou consumado:

Existe também o entendimento no qual a propagação dolosa da doença deve ser caracterizada como homicídio (art. 121 do Código Penal) tentado ou consumado, a depender do caso.

Como entendimento do jurista Fernando Capez, observamos a contraditória à corrente anterior. O mesmo alega que a transmissão da doença não configura o delito do art. 130 do CP, visto que, além de não ser apontada com doença venérea pela medicina, a mesma não é transmissível apenas por meio de relações sexuais, como também, por emprego de seringas usadas, transfusões de sangue, dentre outras maneiras. Do mesmo modo, a transmissão desse vírus também não configura o delito do art. 131, mas sim, homicídio tentado ou consumado."

O STF e o STJ, já chegaram a desclassificar o crime ao se tratar habeas corpus de ações de homicídio, adequando-se ou na lesão corporal leve, ou no perigo de contágio de moléstia grave, entretanto o STJ, no ano de 1999, chegou a tipificar a conduta de agente em tentativa de homicídio, no habeas corpus 9.378 do Rio Grande do Sul:

> HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PORTADOR VÍRUS DA AIDS. DESCLASSIFICAÇÃO. ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL. 1. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem denegada

4.3. Da lesão corporal gravíssima:

Existe também o entendimento de que o correto seria a definição no crime de lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, II, do Código Penal), devido ao fato da transmissão de doença incurável.

Seguindo a doutrina de Capez, tem-se a definição de lesão corporal (2008, p.142):

> Consiste portanto, em qualquer dano ocasionado à integridade física e a saúde fisiológica ou mental do homem, sem, contudo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> o animus necandi. A inviolabilidade física diz respeito à alteração anatômica, interna ou externa, do corpo humano, geralmente produzida por violência física e mecânica, por exemplo: produzir ferimentos no corpo, amputar membros, furar os olhos etc., não se exigindo, porém, o derramamento de sangue. A saúde fisiológica do corpo humano diz respeito ao equilíbrio funcional do organismo, cuja lesão normalmente não produz alteração anatômica, ou seja, dano, mas apenas perturbação de sua normalidade funcional que produz ofensa à saúde, por exemplo: ingerir substância que altere o funcionamento normal do organismo. A saúde mental diz respeito à perturbação de ordem psíquica. Ressalve-se que a dor não integra o conceito de lesão corporal, até porque a sua análise é de índole estritamente subjetiva.

Neste quesito há um julgamento da 5ª turma do STJ onde eles alegam que, por ser enfermidade incurável, o crime de transmissão dolosa do vírus da AIDS configura crime de lesão corporal de natureza gravíssima (art, 129 § 2º, II CP).

A decisão foi unânime, acompanhando o voto da Min. Laurita Vaz, de acordo com quem a AIDS engloba-se perfeitamente no conceito de doença incurável. Não tendo assim, que se cogitar de tipificar a conduta como sendo crime de perigo de contágio venéreo ou perigo de contágio de moléstia grave.

A Ministra ainda asseverou que o fato de a vítima ainda não ter manifestado sintomas não é motivo para que se exclua o delito, pois é evidente que a doença requer contínuo tratamento com remédios específicos para aumentar a expectativa de vida, mas não para cura.

5. DO DOLO:

Por último, temos uma linha de pensamento que verifica o dolo do agente para se localizar o crime por qual ele deverá responder, tendo em vista que o direito penal brasileiro é finalista, analisando a vontade do agente na prática do ato.

O código Penal entende como dolo:

> Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso
>
> I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também trata Capez, do dolo como a vontade de realizar conduta e finalidade de produzir o resultado. Portanto, a transmissão dolosa do vírus HIV, aplica-se quando, o agente, visando a transmissão do vírus à vítima, o faz através de ação ou omissão.

5.1. Da transmissão culposa do vírus:

O Código Penal não trata apenas do dolo na transmissão do vírus, mas também trata da culpabilidade do agente ao transmiti-lo.

> Art. 18 - Diz-se o crime: ... Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Ao se falar na conduta culposa do agente ao transmitir o vírus fazemos a pergunta: "Pode o agente, não sabendo possuir o vírus, ser culpado penalmente pela transmissão culposa?"

Nas palavras de Capez, (Curso de Direito Penal 1, 2017): "A conduta culposa é a conduta voluntária do agente, com um resultado não querido e provocado por descuido."

A partir desta definição é possível encaixar a prática culposa do ato, porém em um determinado momento a conduta se torna atípica. A atipicidade da conduta destaca-se onde o estado não conseguiria punir todas as transmissões culposas do vírus, pois além da transmissão sexual, também existe a transmissão vertical, que é a da mãe para o filho, ainda dentro do ventre, neste caso entende-se então que o estado não pode punir a pessoa no exercício do próprio direito.

Conforme notório, no caso de transmissão culposa do vírus, não há o que se falar em punição.

5.2. Da excludente de ilicitude:

Em alguns crimes, uma das cláusulas de excludente de ilicitude, é o consentimento da vítima para a prática do mesmo. Parece ser ilógico o fato de uma vítima consentir para que seja infectada, mas em alguns crimes, a o consentimento do ofendido vem sucedendo, pois a mesma acha o fato irrelevante ou sem ameaça à integridade a saúde psíquica ou física.

Para a determinação do consentimento da vítima, tem de ser analisado o mesmo por cada um dos crimes nos quais há de imputar-se a transmissão dolosa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vírus HIV, seja ele homicídio, consumado ou tentado, perigo de contágio de moléstia grave ou lesão corporal gravíssima.

O consentimento no caso de homicídio ou de tentativa de homicídio só é suscetível sendo anterior ao fato ilícito, entretanto não é causa de excludente de ilicitude pois com o consentimento da vítima, a mesma se enquadra no artigo 121, § 1º (homicídio privilegiado), ou no artigo 122 (instigação ou auxílio ao suicídio), ambos do código penal. Como no caso, as jurisprudências que procedem sobre a transmissão dolosa do vírus o integram na consumação ou tentativa de homicídio, o consentimento da vítima resulta na tentativa de homicídio consumado privilegiado ou apenas homicídio privilegiado.

A lesão corporal gravíssima, ao possuir bem jurídico indisponível, sendo respectivamente a vida e a integridade física e psíquica do ofendido, não há o que se falar em excludente de ilicitude equiparado ao homicídio. Porém, tratando-se desta hipótese há exceções para que seja aplicado o caso de excludentes de ilicitude, como a lesão corporal socialmente aceita, tendo como exemplo a tatuagem e a perfuração das orelhas para a colocação de brincos.

Tratando-se de ação penal pública incondicionada, não há o que se falar em consentimento da vítima no caso de perigo de contágio de moléstia grave como excludente de ilicitude, pois a mesma equipara-se à lesão corporal gravíssima.

6. ESTATÍSTICAS:

Mesmo com os índices caindo a cada ano que passa, é nítido que a AIDS ainda conquista muitos terrenos desde que foi descoberta, sobretudo nas novas gerações. A sensibilização entre os jovens e adolescentes, a obtenção com que façam os exames e com que continuem a realização do tratamento aqueles que o deixaram, ainda é um grande desafio, entretanto maior desafio que a humanidade enfrenta é fazer com que o preconceito e a discriminação acabem.

Segundo os últimos dados do Ministério da Saúde (MS), desde 1980 a junho de 2015, houve no Brasil 798.366 registros da doença. Nos dias de hoje a estimativa é de que sejam 734 mil pessoas vivendo com o vírus e com a própria doença, sendo que destes 150 mil não sabem que estão contaminados. Em meados de 1995, quando havia o pico da epidemia, o país teve aproximadamente, cerca de 15 mil óbitos, contra 12.449 em 2014. Com os tratamentos e os cuidados, os números de óbitos caíram, mas a epidemia, apesar de ter se tornado silenciosa, continua matando, sendo só no estado de São Paulo, cerca de oito óbitos por dia, ou aproximadamente 2,7 mil mortes a cada ano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mesmo após a disponibilização da rede pública aos coquetéis de tratamento, o diagnóstico tardio e o descaso com o tratamento continua sendo a maior causa de mortalidade.

O crescimento da doença entre os mais jovens, é tão preocupante quanto o índice de mortalidade, que não há redução. Dados apontam que o aumento da infecção entre jovens de 15 a 24 anos transpôs de 3,4 mil no ano de 2004 para 4,6 mil em 2014, alcançando o crescimento de até 35,3%.

7. DISCUSSÃO E RESULTADO:

Por meio desta pesquisa observa-se que é plausível a variedade de tipificação penal no caso da transmissão dolosa do vírus HIV. Várias correntes foram criadas e analisadas desde a descoberta do vírus sobre sua transmissão intencional. Embora semelhantes, as correntes possuem pequenas diferenças cruciais na hora do julgamento do agente. Podendo ser rotulada como Homicídio tentado ou consumado, lesão corporal gravíssima ou perigo de contágio de moléstia grave, carrega consigo vários entendimentos do STF, STJ e de diversos doutrinadores.

Não podendo se tratar de perigo de contágio de moléstia grave devido ao tratamento gratuito oferecido pelo governo e nem de homicídio pelo fato da doença não matar por si só e sim com a entrada de outras doenças no corpo devido à baixa imunidade a transmissão do vírus se trata de doença incurável o HIV está sendo rotulada como lesão corporal gravíssima, previsto no artigo 129 §2º, inciso II do Código Penal.

8. CONCLUSÃO:

A transmissão dolosa do vírus HIV é e sempre será motivo de discussão sobre se enquadramento no Código Penal, sendo discutida por diversos tribunais e tendo diversas e variadas decisões sobre a tipificação desta conduta, sendo evidente a necessidade da criação de um tipo penal específico.

A mesma já foi classificada como homicídio, perigo de contágio de moléstia grave e lesão corporal gravíssima, havendo a análise de cada espécie desses delitos e sua comparação com a transmissão dolosa do vírus.

Com os coquetéis distribuídos gratuitamente pelo governo, o Brasil é um dos países mais conceituados em questão à prevenção ao vírus, tendo o índice de mortalidade reduzido, apesar de ainda existirem diversos casos. O tratamento é capaz de amenizar os sintomas e fazer com que o portador leve uma vida normal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por se tratar de doença incurável, o HIV hoje é qualificado como lesão corporal gravíssima, prevista no artigo 129 §2º, inciso II do Código Penal. Pelo fato do Brasil possuir tratamento gratuito, que impede o sofrimento físico do paciente, a transmissão dolosa do vírus não pode ser enquadrada como perigo de contágio de moléstia grave. Entende-se também que o vírus não pode ser considerado como homicídio, pois o mesmo não mata por si só e sim com a entrada de outras doenças no corpo devido à baixa imunidade e resistência do paciente.

Mesmo havendo redução nos índices a cada ano que passa, é nítido que a AIDS ainda conquista muitos terrenos desde sua descoberta, principalmente nas novas gerações. Um dos grandes desafios é a sensibilização entre os jovens e adolescentes, a obtenção com que façam os exames e com que deem continuidade a realização do tratamento aqueles que o deixaram, entretanto, o maior desafio que a humanidade enfrenta é fazer com que o preconceito e a discriminação acabem.

O diagnóstico tardio e o descaso com o tratamento continua sendo a maior causa de mortalidade, mesmo após a disponibilização do tratamento pela rede pública.

REFERÊNCIAS

AXT, Bárbara. **25 Anos de AIDS**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/25-anos-de-aids/>. Acesso em: 23 de set. 2019.

CABETTE, E. L. S. **Transmissão Dolosa da AIDS, Lesão Corporal Gravíssima Segundo o STJ**. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/154099176/transmissao-dolosa-da-aids-lesao-corporal-grave-segundo-o-stj>. Acesso em: 02 de set. 2019.

CARTA CAPITAL. **Prevenção do HIV: Muito Além da Camisinha**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/prevencao-do-hiv-muito-alem-da-camisinha/>. Acesso em: 02 de set. 2019.

CONTEÚDO JURÍDICO. **Dolo de Transmitir HIV e sua Tipificação.** Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45854/dolo-de-transmitir-hiv-e-sua-tipificacao>. Acesso em: 15 de out. 2019.

CREMESP. **Adolescentes e Jovens Desafiam Estatísticas da AIDS**. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=2119>. Acesso em: 09 de out. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GUIMARÃES, M. S. **Sobre a Criminalização do HIV no Brasil**. Disponível em: <abiaids.org.br/sobre-criminalizacao-da-transmissao-do-hiv-no-brasil/29572>. Acesso em: 02 de set. 2019.

HILAB. **Você Sabe a Diferença entre HIV e AIDS?**. Disponível em: <https://hilab.com.br/blog/diferenca-entre-hiv-e-aids/>. Acesso em: 08 de out. 2019.

ILLES, Matheus B.; WELTER, Izabel P. **A Transmissão Dolosa do Vírus HIV e sua Tipificação Penal.** Disponível em: <http://www.faifaculdades.edu.br/eventos/MICDIR/XIMICDIR/arquivos/artigos/ART7.pdf>. Acesso em: 11 de set. 2019.

LOPES, V. **Incidência da AIDS Triplica Entre Jovens Brasileiros**. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/10/23/interna_gerais,910585/incidencia-da-aids-triplica-entre-jovens-brasileiros.shtml>. Acesso em: 28 de set. 2019.

MINHA VIDA. HIV: **Sintomas, tratamento e tem cura?**. Disponível em: <https://www.minhavida.com.br/saude/temas/hiv>. Acesso em: 02 de set. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PEP, Profilaxia Pós Exposição ao HIV**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/prevencao-combinada/pep-profilaxia-pos-exposicao-ao-hiv>. Acesso em: 08 de out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Tratamento HIV**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/prevencao-combinada/tratamento>. Acesso em: 08 de out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Tratamento para o HIV**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/tratamento-para-o-hiv>. Acesso em: 08 de out. 2019.

PORTAL EDUCAÇÃO. **História Natural da Evolução da Infecção pelo HIV: Estágios Iniciais.** Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/farmacia/historia-natural-da-evolucao-da-infeccao-pelo-hiv-estagios-iniciais/44915>. Acesso em: 28 de set. 2019.

PRADO, R. **A Contaminação Intencional do Vírus HIV e o Direito Penal (parte 2).** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/contaminacao-intencional-hiv-parte-2/>. Acesso em: 02 de set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REZENDE, L. T. **Responsabilidade Penal pela Transmissão do HIV**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26196/responsabilidade-penal-pela-transmissao-do-hiv>. Acesso em: 02 de set. 2019.

SACRAMENTO, L. G. **Responsabilidade Penal da Transmissão Dolosa do Vírus HIV na Relação Sexual**. Disponível em: <https://larissagoulart22.jusbrasil.com.br/artigos/470059497/responsabilidade-penal-na-transmissao-dolosa-do-virus-hiv-na-relacao-sexual>. Acesso em: 17 de out. 2019.

SUPER INTERESSANTE. **Como Surgiu a AIDS?.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-surgiu-a-aids/>. Acesso em: 28 de set. 2019.

UNAIDS. **Estatísticas**. Disponível em: <https://unaids.org.br/estatisticas/>. Acesso em: 28 de set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O TELETRABALHO E A DETURPAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

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

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro coube à Emenda Constitucional nº 19, de 1998, elevar o princípio da eficiência ao rol do artigo 37, o qual prevê que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A par disso, a doutrina administrativista esclarece quanto à necessidade de aperfeiçoamento do modelo de gestão pública gerencial decorrente do princípio da eficiência – com foco nos resultados – conforme se observa abaixo:

> O aspecto mais relevante do princípio da eficiência, neste sentir, será justamente o destaque que determina, do ponto de vista jurídico, à introdução na Administração Pública de técnicas de gestão de resultados e um dever jurídico geral de conduta finalística, conduzida ao interesse público, por parte dos agentes públicos. Neste sentido, explicita, destaca, mas não inova. Nem por isso, contudo, será menos importante, porquanto remeterá à necessária ideia de adequação das estruturas da Administração (redução/otimização da estrutura estatal), bem como das condutas dos agentes públicos, seus deveres específicos conaturais à gestão pública, o conteúdo de seus deveres funcionais (orientados a objetivos de interesse público), a avaliação de cumprimento de tais deveres, assim como a redefinição do modelo de remuneração e garantias funcionais.[1]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Igualmente, essa preocupação com o alcance de metas não passou despercebida por outras referências do direito administrativo brasileiro, como adiante se transcreve:

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.[2]

Nesse contexto, na presente reflexão não se parte de uma premissa diversa da acima exposta no que concerne ao objetivo constitucional de maximização de resultados no âmbito da Administração Pública. Essa é uma coluna basilar da gestão pública que se pretende ver alinhada aos anseios da população brasileira, tão carente de serviços públicos essenciais de qualidade.

O que se buscará, em breves linhas, é descortinar a deturpação do princípio da eficiência quando se trata de teletrabalho.

Fixadas essas premissas, o cenário decorrente da pandemia do COVID19 confirmou uma tendência mundial, qual seja a adoção do teletrabalho. Essa situação do *home office*, não obstante a crise de saúde pública hodierna, já era aceita como ferramenta de gestão em várias áreas do setor privado e, também, público.

A título de exemplo, em 2019, o teletrabalho de tão atual e consolidado no setor estatal levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – antes mesmo da pandemia – a consolidar a possibilidade de *home office* para servidores públicos domiciliados no exterior.[3]

Essa permissividade do trabalho remoto, aliás, mostra-se alinhada ao princípio da eficiência na medida em que traz diversos benefícios para a Administração Pública, bem como ao próprio servidor público.

Como medida exemplificativa, segundo a Instrução Normativa (IN) nº 65, de 30 de julho de 2020[4], o teletrabalho promove a gestão da produtividade e da qualidade das entregas dos participantes; contribui com a redução de custos no Poder Público (combustível, frota veicular, espaço físico, etc.); atrai e mantém novos talentos; contribui para a motivação e o comprometimento dos participantes com os objetivos da instituição; estimula o desenvolvimento do trabalho criativo, da inovação e da cultura de governo digital; melhora a qualidade de vida dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

participantes; gera e implementa mecanismos de avaliação e alocação de recursos; e promove a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade.

Ocorre, porém, que tem se tornado comum a criação de um pré-requisito para a implantação do teletrabalho nas diversas searas da Administração Pública direta e indireta, qual seja um adicional percentual de produtividade quantitativa dos servidores públicos, conforme dispõe a IN nº 65/2020:

> Art. 10. O dirigente da unidade deverá editar ato normativo que estabeleça os procedimentos gerais de como será instituído o programa de gestão na unidade, que deverá conter:
>
> [...]
>
> VI - o percentual mínimo e máximo de produtividade adicional dos participantes em teletrabalho em relação às atividades presenciais, caso a unidade opte por essa fixação;

Nessa toada, é importante ressaltar que se mostra preocupante a criação desta exigência – majoração quantitativa de produtividade – como condicionante para a adesão e manutenção no regime de teletrabalho. Embora a norma acima disponha que o adicional não é compulsório, mas facultativo "*caso a unidade opte por essa fixação*" (inciso VI, do artigo 10 da IN nº 65/2020), na prática esse aumento tem se tornado a regra.

Exemplificativamente, a IN nº 681/2019 que instituiu, a título de experiência-piloto, as Centrais Especializadas de Alta Performance no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como Programa de Gestão na modalidade de teletrabalho, já dispunha que o incremento de produtividade e de desempenho percentual seria de, no mínimo, 30% (trinta por cento) superior ao previsto para o servidor público em regime de trabalho presencial:

> Art. 7º Ficam instituídas, a título de experiência-piloto, pelo prazo de 12 (doze) meses, as seguintes CEAPs, nos termos do Plano de Trabalho, constante do Anexo desta Resolução:
>
> [...]
>
> § 4º O Plano de Trabalho deverá conter:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I - o incremento de produtividade e de desempenho em percentual no mínimo 30% (trinta por cento) superior ao previsto para o servidor em regime de trabalho presencial;[5]

A partir dessa perspectiva é urgente pontuar que a majoração obrigatória de produtividade quantitativa poderá causar diversos prejuízos não apenas ao serviço público, mas também ao ocupante do cargo público.

No que se refere ao serviço público é possível observar que essa exigência – criada numa visão deturpada do princípio da eficiência – focaliza muito mais o aspecto quantitativo do volume de tarefas, em detrimento do fator qualitativo.

A título de exemplo, a criação de uma meta adicional mínima nesse percentual acima poderá conduzir a trabalhos realizados de modo negligente, haja vista a impossibilidade material e humana de fazer frente a um acréscimo gigantesco de tarefas, a médio e longo prazo, com o mesmo padrão de qualidade. Ou mesmo gerar um desinteresse dos servidores públicos quanto à adesão ao novel regime diante de tamanho aumento de atribuições com risco até mesmo de punição disciplinar – frustrando a implantação dessa importante ferramenta de gestão pública.

Como se sabe, aliás, o serviço público há tempos demonstra desgaste e falta de aparelhamento suficiente para as exigências sociais, além de carências de pessoal. Portanto, ainda que a curto prazo se mostre falaciosamente viável uma majoração abrupta de produtividade quantitativa sob a ótica da Administração Pública, este modelo não se sustentará a médio e longo prazo, inclusive pela inevitável repetição de equívocos que o assoberbamento de tarefas ocasionará com possíveis danos a terceiros e ao erário.

Além do mais, essa majoração poderá frustrar a própria realização do princípio constitucional do concurso público, na medida em que a Administração Pública venha a se valer dessa ferramenta (teletrabalho) como maneira de forçar um desgastante aumento da produtividade quantitativa individual do servidor público ao ponto de frustrar a realização dos certames. Uma espécie de enriquecimento sem causa da Administração Pública, acrescida, ainda, da real caracterização de redutibilidade remuneratória (aumento de trabalho sem aumento de contraprestação financeira) dos servidores públicos sujeitos ao teletrabalho.

Esse apontado assoberbamento gerará problemas de saúde física e mental aos servidores públicos, haja vista as exigências cada vez maiores por metas e produtividade como condicionante para a adesão ou manutenção no regime de *home office*. Imposições essas que conduzirão a práticas de assédio moral e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

doenças psicossomáticas geradoras de licenças médicas, readaptações ou mesmo aposentadorias por invalidez.

Nesse contexto, fica evidente que a postura adotada pela Administração Pública ao normatizar o teletrabalho com ênfase em obrigatoriedade de produção quantitativa adicional se mostra inadequada.

Ao revés, a Administração Pública moderna deveria se valer cada vez mais de consensos em busca de aspectos qualitativos e não majoritariamente quantitativos. A quantidade pode vir como consequência de um trabalho humano valorizado na perspectiva da qualidade. Se é certo que números inexpressivos não atendem aos reclames da sociedade, também o é que os exorbitantes possuem custos sofríveis para os obrigados a atingi-los. Os números não podem suplantar as pessoas, porque estas não merecem se transformar em estatísticas.

Para responder às demandas sociais infinitas, complexas e mutantes, o poder criativo humano é a solução, com o toque essencial da sensibilidade.

Não o percentual. Não a estatística. Não a métrica pura.

Por exemplo, é possível que um determinado servidor público possua o costume de praticar diversos atos administrativos reiterados, porém não tenha o hábito de refletir acerca das consequências de suas ações administrativas. Isto porque a exigência que a ele tem sido feita – na ótica obtusa da produtividade centrada no aspecto quantitativo – não lhe garante tempo para pensar no melhoramento ou criação de outras soluções administrativas.

Nem sempre exigir do servidor público que aumente a sua produtividade individual no aspecto quantitativo se traduzirá em ganho real (eficiência administrativa) para o setor público. Um exemplo claro disto é a interposição de recursos judiciais incabíveis por membros da advocacia pública. Analisada a ótica da majoração de produtividade no quesito quantitativo, bastaria ao advogado público interpor, no mínimo, 30% (trinta por cento) a mais de recursos ao Poder Judiciário para assegurar um falacioso êxito estatal. No entanto, a melhor solução para a Administração Pública poderia ser a desistência dessas irresignações com a melhoria de estratégias de caráter preventivo de conflitos, tudo isto a partir de uma autocrítica.

A vírgula e o ponto existem porque é preciso haver pausas. Uma ideia corrida é ininteligível. No mundo do trabalho também se verifica essa regra. Quando não se reflete acerca do caminho traçado fica inviável corrigir o curso. Nem sempre fazer muito é fazer mais. O muito pode desabrochar do pouco, depende de como a força humana é empregada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isto é, o ganho de produtividade que se deve buscar no regime de teletrabalho não passa pela ênfase em aspectos de quantidade (volume), mas sim em melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados à população. E, para isto, os planos de trabalho de servidores públicos sujeitos ao regime de *home office* precisam estimular os comportamentos reflexivos de conduta e uma constante autocrítica da função administrativa que se desenvolva justamente no tempo economizado entre o trajeto residência/trabalho, por exemplo.

É comum no serviço público que se siga o caminho existente. Alguém, algum dia, resolveu que seria dessa maneira. Então, todos os demais passaram décadas seguindo a mesma linha. Poucos pararam para refletir sobre o que se fez – e faz – ano após ano. Ao final de décadas se repetiram condutas que poderiam ser evitadas, bastaria um mero ato de reflexão. Mas não há que se falar em pensar quando o foco é executar. Execução, porém, não pode preceder ao planejamento. E este pressupõe o pensar. O pensamento é o pressuposto do agir eficiente.

Seria, à toda evidência, um verdadeiro desperdício de talento dos servidores públicos implantar regimes de teletrabalho sob a ótica de imposições quantitativas, ao invés de fomentar o exercício de soluções criativas, aproveitando o menor desgaste que o servidor público terá – já que dele fora retirado um peso de se deslocar ao ambiente de trabalho cotidianamente – para lhe proporcionar um momento de despertar sensitivo quanto aos problemas e possíveis soluções atuais e futuras.

Enfim, é preciso que essa reflexão passe a ser realizada no âmbito do setor público – e também privado – na medida em que o teletrabalho não poderá se tornar uma nova maneira de aprisionamento do poder criativo do ser humano. O momento é de estimular a liberdade profissional, buscando realizar a construção de uma produtividade qualitativa a partir de constantes diálogos e capacitações, pois mais importante que a quantidade de tempo é o tempo de qualidade.

Uma solução bem construída no âmago do agir criativo do servidor público multiplicará não apenas tempo e quantidade, mas consenso e satisfação ao destinatário do serviço público. O teletrabalho precisa ser formatado num modelo sustentável a médio e longo prazo. Partindo dessa premissa, não é esgotar um ser humano em trabalho extenuante de curto prazo para que entregue mais ao seu semelhante em troca de seu bem-estar de médio e longo prazo, mas sim potencializar a sua condição laborativa em busca da entrega de seu melhor, não necessariamente em maior quantidade e sim em maior valor humano agregado.

Isso é eficiência administrativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98.

[3] **BRASIL**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/servidores-do-judiciario-poderao-trabalhar-do-exterior/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

[4] **BRASIL**. Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-65-de-30-de-julho-de-2020-269669395>. Acesso em: 02 ago. 2020.

[5] BRASIL. Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-681-de-24-de-maio-de-2019-133124720>. Acesso em: 02 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ALFREDO CESCHIATTI E O CONJUNTO MODERNO DA BARRAGEM PAMPULHA EM BELO HORIZONTE-MG: DADOS BIOGRÁFICOS E PROPOSTA DE HOMENAGEM TOPONÍMICA EM PARQUE URBANO MUNICIPAL NO ENTORNO

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitordo XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: O Conjunto Moderno da Pampulha em Belo Horizonte - MG não é apenas um patrimônio arquitetônico e cultural da mineiridade, mas de todo país e também do mundo. Este legado modernista empreendido durante os anos de 1940 contou com grandes nomes, dentre os quais, Alfredo Ceschiatti. Assim como Cardoso, Niemeyer e Portinari, este conceituado escultor também foi parcialmente reconhecido com homenagens à logradouros públicos. Mas isso não se consolidou nas adjacências da barragem. Assim o presente trabalho visa uma revisão dos dados biográficos do escultor no sentido de se discutir e apresentar propostas de homenagem toponímica em um parque urbano municipal no entorno. Metodologicamente, o trabalho reforça a importância do projeto de lei como instrumento de legitimidade da democracia, para sequencialmente perpassar pela vida e obra do mineiro Ceschiatti, propondo que ele seja homenageado com a promulgação de instrumento legal que renomeie o parque Enseada das Garças. A proposta reforça os múltiplos diálogos entre cultura e ecologia, no sentido de reconhecimento de grandes feitos pretéritos do conjunto moderno e o dimensionamento de um futuro mais equânime e sustentável para a barragem.

Palavras-chave: Cultura, Ecologia, Projeto de Lei, Toponímia, Unidades de Conservação.

ABSTRACT: The Modern Complex of Pampulha in Belo Horizonte - MG is not only an architectural and cultural heritage of mining, but from all over the country and also the world. This modernist legacy undertaken during the 1940s had great names, including Alfredo Ceschiatti. Like Cardoso, Niemeyer and Portinari, this renowned sculptor was also partially recognized with homage to public places. But that was not consolidated in the vicinity of the dam. Thus, the present work aims at a review of the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sculptor's biographical data in order to discuss and present toponymic homage proposals in a municipal urban park in the surroundings. Methodologically, the work reinforces the importance of the bill as an instrument for the legitimacy of democracy, to sequentially go through the life and work of miner Ceschiatti, proposing that he be honored with the promulgation of a legal instrument that renames the Enseada das Garças park. The proposal reinforces the multiple dialogues between culture and ecology, in the sense of recognizing great past achievements of the modern group and dimensioning a more equitable and sustainable future for the dam.

Keywords: Culture, Ecology, Bill, Toponymy, Conservation Units.

INTRODUÇÃO

A modernidade impõe novos cenários e desafios. Todas as convergências e divergências corroboram para a reformulação do projeto societário nos quais evidenciem-se melhorias para todos, sem distinções. Este contexto de inovação da coletividade se fundamenta prioritariamente na democracia e se assenta no projeto que explicite a vontade de todos. Uma das pilastras da ação legislativa, o chamado Projeto de Lei (PL), é um conjugado de regulamentos de finalidade legal. É uma observação, proposta ou sugestão que demonstra ou almeja manifestar a vontade da coletividade em formato de lei acerca de determinada demanda, situação, conflito. Sobre a representativa, por meio das eleições diretas, a Câmara de Belo Horizonte evidencia que o vereador:

> Membro da Câmara Municipal, eleito pelo voto popular para um mandato de quatro anos, o vereador exerce duas funções principais: legislar, representar a sociedade em sua pluralidade de interesses e fiscalizar a atuação do Executivo. O vereador produz leis cuja abrangência é municipal, e fiscaliza as ações do prefeito da cidade, cobrando a implantação e a execução de políticas públicas capazes de garantir o atendimento dos direitos básicos do cidadão e de outras demandas sociais. No desempenho dessas funções, o vereador atua como representante do cidadão. Ele faz a mediação entre aqueles que vivem na cidade e os que a administram, contribuindo para criar canais de diálogo e participação social na política. A Câmara Municipal, dessa forma, se converte em espaço voltado à promoção do debate, ambiente destinado à discussão dos problemas da cidade e à busca coletiva de soluções para eles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para um projeto se transformar em legislação, é preciso da interação entre cidadãos e vereadores. Mas antes é imprescindível que seja discutido e acatado democraticamente pelo Poder Legislativo. Primeiramente o texto precisa ser organizado e indicado à análise do Plenário, tanto pelo Poder Executivo como Legislativo, por meio dos vereadores. No caso da Câmara Municipal, o PL, deve ser contemplado em uma ou várias sessões de discussões, que analisarão questões inerentes à necessidade, viabilidade e operacionalidade da demanda pleiteada. Assim posteriormente é avaliado e confirmado como aprovado, quando obtém quantia expressiva de votos adeptos à sua causa, número que concebe e valida a pluralidade da representatividade ou democracia indireta. Em Belo Horizonte, o último ano de mandato totaliza 41 vereadores em mandatos distribuídos entre 18 legendas partidárias (Quadro I). Quando se fala em representatividade, duas palavras vem à mente: constituição federal e democracia. São, de acordo com Calaça (2015, on line), noves tipos diferentes de democracia: direta, direito constitucional brasileiro, indireta, participativa, pluralista, representativa, semidireta e mandato político representativo, conforme detalhamento:

> **Democracia direta** é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando;
>
> **Democracia indireta**, chamada representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente;
>
> **Democracia semidireta** é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa.
>
> **O mandato político representativo**: a eleição gera, em favor do eleito, o mandato político representativo; nele se consubstanciam os princípios da representação e da autoridade legítima; o mandado se diz político representativo porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Democracia participativa: o princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo; as primeiras manifestações consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta e indireta, tais como: a iniciativa popular (art. 14, III[54], regulado no art. 61, §

[54] Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito; II – referendo; III - iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para:

a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; (Regulamento) VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2º55), o referendo popular (art. 14, II e 4, o plebiscito (art. 14, I e 18, §§ 3º e 4º56) e a ação popular (art. 5º, LXXIII57).

Democracia pluralista: a CF/88 assegura os valores de uma sociedade pluralista (preâmbulo) e fundamenta-se no pluralismo político (art. 1º, V58); a Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua

55 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

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

56 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.
§ 1º Brasília é a Capital Federal.

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

~~§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.~~

57 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:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

58 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V - o pluralismo político.

liberdade; optar por isso significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos; o papel político é inserido para satisfazer, pela edição de medidas adequadas o plurarismo social, contendo seu efeito dissolvente pela unidade de fundamento da ordem jurídica.

Democracia e direito constitucional brasileiro: o regime assume uma forma de democracia participativa, no qual encontramos participação por via representativa e participação direta por via do cidadão. A esse modelo, a Constituição incorpora princípios da justiça social e do pluralismo; assim, o modelo é o de uma democracia social,

Democracia representativa: pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, etc., como constam nos arts. 14 a 17 da CF59; a participação popular

59 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.
~~Art. 16 A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação.~~

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

CAPÍTULO V - DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (Regulamento) I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

~~§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.~~

~~§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou~~

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolhas do representantes do povo.

Participativa e pluralista; não é porém, uma democracia socialista, pois o modelo econômico adotado é fundamentalmente capitalista.

Quadro I – relação dos 41 vereadores, por legendas partidária (2020)

~~municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)~~

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017)

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

~~§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.~~

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017) I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017) II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017)

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017)

Partido	Nome do Vereador (a) / Exercício 2017-2020
Avante	Fernando Borja e Juninho Los Hermanos
Cidadania	Marilda Portela, Pedrão do Depósito e Pedro Bueno
DEM	Álvaro Damião e Preto
MDB	Reinaldo Gomes
NOVO	Dr. Bernardo Ramos
PATRI	Gabriel
PCdoB	Gilson Reis
PODE	Nely Aquino
PROS	César Gordin e Wesley Autoescola
PSB	Edmar Branco
PSC	Dimas da Ambulância, Eduardo da Ambulância, Flávio dos Santos e Ronaldo Batista Autair Gomes, Bim da Ambulância, Catatau do Povo, Coronel Piccinini, Dr. Nilton, Elvis Côrtes, Fernando Luiz, Hélio da Farmácia, Irlan Melo, Jair Di Gregório, Maninho Félix, Orlei e Ramon Bibiano da Casa de Apoio
PSDB	Henrique Braga
PSL	Léo Burguês de Castro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PSOL	Bella Gonçalves e Cida Falabella
PT	Arnaldo Godoy e Pedro Patrus
PTB	Carlos Henrique
PTC	Professor Juliano Lopes
Republicanos	Jorge Santos

Fonte: https://www.cmbh.mg.gov.br/vereadores

O PL é um instrumento de Participação e Justiça fundamentado integralmente nas prerrogativas da Constituição. Após protocolos intrínsecos aos trâmites legais, antes de prosseguir para o exame do plenário, o projeto tramita num caminho predeterminado e imprescindível nas múltiplas comissões. Inicialmente, é contemplado e votado nas Comissões Legislativas Temáticas60 para consecutivamente obter parecer favorável do vereador incumbido da relatoria do PL, que avaliará como ilegal ou legal. Confirmada a sua legalidade, o projeto caminhará para as etapas seguintes (Quadro II), para apreciação do teor da proposta. As diferentes esfera do poder público, estadual, federal e municipal contemplam, em suas pautas diferentes tipologias de PL. Para Moura (20, p 29-30), oito aspectos se destacam na Legislação Participativa:

> a) **Projeto de Lei Complementar**: as de competência da União e/ou relativa às atribuições do Congresso Nacional, em que a Constituição Federal tenha exigido regulamentação mediante lei complementar;

[60] Comissão de Administração Pública; Comissão de Desenvolvimento Econômico, Transporte e Sistema Viário; Comissão de Direitos Humanos e Defesa do Consumidor; Comissão de Saúde e Saneamento; Comissão de Educação, Ciência, Tecnologia, Cultura, Desporto, Lazer e Turismo; Comissão de Meio Ambiente e Política Urbana; Comissão de Mulheres; Comissão de Orçamento e Finanças Públicas; Comissão de Legislação e Justiça (CLJ); Comissão de Participação Popular. Fonte: https://www.cmbh.mg.gov.br/A-C%C3%A2mara/entenda-a-camara/comissoes-parlamentares

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) **Projeto de Lei Ordinária**: também as de competência da União e/ou relativa às atribuições do Congresso Nacional;

c) **Projeto de Decreto Legislativo**: as de competência exclusiva do Congresso Nacional;

d) **Projeto de Resolução da Câmara dos Deputados**: trata de assuntos de interesse interno, de caráter político, processual e administrativo;

e) **Projeto de Consolidação**: refere-se a sistematização, correção, aditamento, supressão e conjugação de textos legais;

f) **Requerimento**: pode ser de audiências públicas, depoimento de alguma autoridade ou cidadão de modo a contribuir com o trabalho da Comissão, pedido de informação a Ministro de Estado sobre determinado assunto, convocação de autoridades para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado;

g) **Indicação**: sugerem a outro poder, por meio de requerimento, a adoção de previdência, a realização de ato administrativo ou de gestão ou de envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva;

h) **Emenda**: às proposições que estejam tramitando em outras Comissões ou no Plenário da Casa para alterá-las ou complementá-las.

Quadro II – Etapas de tramitação de um PL

Etapa	Ação correlacionada
1ª	Iniciativa do projeto de ato legal
2ª	Apresentação do projeto de ato legal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3ª	Exame do projeto de ato legal
4ª	Aprovação do projeto de ato legal
5ª	Revisão do projeto de ato legal
6ª	Sanção ou Veto do projeto de ato legal
7ª	Promulgação da ato legal
8ª	Publicação da ato legal

Fonte: http://bonfortcontabilidade.com.br/binario/1947/Legislador%20VII.pdf

Após a aceitação ao ser protocolado na Câmara, a sugestão de lei ganha um número de identificação, para facilitar o debate e a tramitação, e deixar que o acompanhamento por, assessores, interessados e parlamentares, seja fácil, simples e transparente. Finalizado pelo Legislativo, o PL é encaminhado ao Executivo, para sanção ou veto. Caso seja vetado, este poderá ser integral ou parcialmente. E o veto será explicitado através da redação de um documento denominado de "razões do veto". Com o apoio da maior parte dos vereadores, no entanto, o Legislativo tem o direito de desmantelar o veto do Executivo, e reencaminhar o mesmo ao prefeito, para a possível publicação do texto (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012).

CONJUNTO MODERNO DA PAMPULHA61: biografia do homenageado

[61] O Conjunto Moderno da Pampulha, obra-prima que leva a assinatura de Oscar Niemeyer, Roberto Burle Marx e Cândido Portinari, tornou-se, em julho de 2016, Patrimônio Cultural da Humanidade, título emitido pela UNESCO. O Conjunto inclui os edifícios e jardins da Igreja São Francisco de Assis, o Museu de Arte da Pampulha, a Casa do Baile e o Iate Tênis Clube, construídos quase simultaneamente entre 1942 e 1943, além do espelho d'água e da orla da Lagoa. Contempla também a Praça Dino Barbieri e a Praça Alberto Dalva Simão, ambas projetadas por Burle Marx. Cassino – atual Museu de Arte da Pampulha Casa do Baile Iate Golfe Clube – atual Iate Tênis Clube Igreja São Francisco de Assis. Fonte: http://portalbelohorizonte.com.br/o-que-fazer/arte-e-cultura/conjunto-moderno-da-pampulha/conjunto-moderno-da-pampulha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Um ícone da arte brasileira, nascido nas Minas Gerais e pouco conhecido pelos mineiros. Um grande nome no contexto nacional de belas artes do país. Trata-se do famoso "Escultor de Brasília" cuja memória passa quase desapercebida acerca de seu vasto legado. O desenhista, escultor e professor Alfredo Ceschiatti (Figura 01) nasceu em Belo Horizonte, no dia 01 de setembro de 1918. Eram tempos incertos e angustiantes devido à pandemia de gripe espanhola, que matou 50.000.000 de pessoas no mundo. Filho de italianos, foi à Itália em 1937, favorecido pelo governo Benito Mussolini que agenciava as viagens de filhos de imigrantes. De volta, em 1940, trouxe consigo uma profunda inspiração ao apaixonar-se pelo Renascimento, em especial por Michelangelo. Fixou-se na cidade do Rio de Janeiro – DF, então capital federal, onde se tornou aluno na Escola Nacional de Belas Artes (ENBA), "na qual estudou escultura com Corrêa Lima (1878-1974)". De acordo com o site da Galeria Espaço Cultural Duque (2020, on line), "frequentou o ateliê instalado na Biblioteca Nacional" do Rio de Janeiro, "juntamente com Bruno Giorgi (1905-1993) e José Pedrosa (1915-2002)". Destas vivências surgiram vários trabalhos significativos para a arte moderna brasileira. Um deles são os painéis de Ceschiatti na Igrejinha da Pampulha, em Belo Horizonte, por encomenda de Oscar Niemeyer (1907-2012). Sobre a concepção diferenciada da obra, o site Crítica de Arte BH (2020) reforça que:

> A iconografia utilizada para o tema "A expulsão do Paraíso" é representada através de três personagens principais: um casal de jovens nus e uma figura alada. O homem e a mulher se encontram, na maioria das vezes, claramente envergonhados de sua nudez e espantados pela reação severa da figura que os expulsam. Ceschiatti, em mesmo sentido, seguiu por essa iconografia ao oferecer a expulsão do paraíso através de um imponente anjo, que ordena a retirada de uma Eva envergonhada e de um Adão que parece pedir clemência. Não há qualquer destaque para essa sequência de imagens quando comparada às anteriores ou posteriores a ela. Com exceção da representação do Batistério de Florença, não foram encontrados mais exemplos de tal tema. Ao se pesquisar sobre os temas comumente representados no ambiente do batistério, verifica-se uma recorrência temática unânime: o batismo de Jesus por São João Batista.

Figura 01 - Desenhista, escultor e professor Alfredo Ceschiatti

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/diplomacia-cultural-mre/20732-alfredo-ceschiatti

Pela particularidade do seu ser/estar artístico no baixo-relevo do batistério da Igreja São Francisco de Assis, foi premiado no 51º Salão Nacional de Belas Artes, em 1945, ocorrido no Rio de Janeiro. No ano consequente, premiado, com esse trabalho no Salão, efetiva uma viagem ao exterior. Entre os anos de 1946 e 1948, conforme disserta o site da Galeria Espaço Cultural Duque (2020, on line), "permaneceu na Europa e conheceu a obra de Max Bill (1908-1994), Henri Laurens (1885-1954), Giacomo Manzù (1908-1991) e, principalmente, Aristide Maillol (1861-1944)". Em 1948, no Rio de Janeiro, sua primeira exposição individual ocorreu na sede do Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB). Tendo por base, a Figura 02, o jornal Hoje em Dia (2015, on line) anuncia que:

> Um escultor de sobrenome italianado sempre lhe dá boas-vindas no Palácio das Artes. O mesmo artista passa diante dos seus olhos em uma agência bancária na Praça 7, lhe seduz em um jardim da Pampulha e até comove sua fé na Serra da Piedade. Ele é Alfredo Ceschiatti (1918-1989), o "escultor de Brasília", cuja obra o público poderá conhecer melhor no Museu da Inconfidência, em Ouro Preto, até 26 de julho. Um dos nove filhos de uma família de imigrantes radicada em BH, Ceschiatti fez a obra dele ao lado do intenso desenvolvimento artístico dos anos 1950 e 60 no Brasil. Ele esteve ao lado do arquiteto Oscar Niemeyer (1907-2012) nas obras do Complexo da Pampulha e na construção da nova capital brasileira. Exemplo do período é "A Justiça", escultura em frente do Supremo Tribunal Federal, em Brasília.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 02 – Exposição de Ceschiatti em Ouro Preto-MG (2015)

Fonte: http://boletim.museus.gov.br/?wysija-page=1&controller=email&action=view&email_id=25&wysijap=subscriptions

O destaque nas obras esculpidas, majoritariamente em bronze, destaca-se a admiração do artista pela figura feminina62 presente em várias das obras. Era seu fazer artístico diferencial, quando seu conhecimento e sua percepção de mundo o inspiravam a moldar a beleza e singularidade a partir de estruturas essencialmente brutas. Oscar Niemeyer, que lhe pediu outra obra para o Conjunto Arquitetônico da Pampulha. Ceschiatti criou a escultura denominada de "O Abraço" (Figura 03), onde duas mulheres nuas se abraçam. Julgada imoral por alguns conservadores mineiros, permaneceu arquivada por longos anos até ser enfim definitivamente exposta no jardim do MAP – Museu de Arte da Pampulha. A Enciclopédia Itaú Cultural (2020, on line) verifica que o escultor mineiro tem obras em diferentes espaços brasileiros, além dos museus, como jardins, parques e praças:

> Entre 1946 e 1948, permanece na Europa e conhece a obra de Max Bill (1908-1994), Henri Laurens (1885-1954), Giacomo Manzù (1908-1991) e, principalmente, Aristide Maillol (1861-1944). Sua primeira exposição individual ocorre na sede do Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB, no Rio de Janeiro, em 1948. Integra, em 1956, a equipe vencedora do concurso de projetos para o Monumento aos Mortos da Segunda Guerra

[62] As esculturas de Alfredo Ceschiatti estão presentes em importantes espaços públicos de Brasília, como as Duas Irmãs (1966), no Palácio dos Arcos; e os Anjos (1970) e os Evangelistas (1968), na Catedral de Brasília. O escultor explora bastante a figura feminina, representada em suas obras com formas curvilíneas, puras, arredondadas, que têm, como contraponto, a movimentação dos panejamentos. Fonte: https://www.escritoriodearte.com/artista/alfredo-ceschiatti

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Mundial, no Rio de Janeiro. No começo da década de 1960, leciona escultura e desenho na Universidade de Brasília - UnB. Várias de suas obras estão em espaços e edifícios públicos, entre eles, o Palácio da Alvorada, a Praça dos Três Poderes e o Palácio dos Arcos, em Brasília; o Memorial da América Latina e a Praça da Sé, em São Paulo; e a Embaixada do Brasil em Moscou.

Figura 03 - "O Abraço" - jardim do Museu de Arte da Pampulha

Fonte: http://arnaldochieus.blogspot.com/2014/11/ceschiatti-desenhista-da-escultura.html

De passagem pelo MAP em Belo Horizonte para o mundo, o escultor parte para Brasília, onde se destacaria nacionalmente e internacionalmente. Em 1960 entalhou, em granito, "As três forças armadas", um dos objetos expostos no Monumento nacional aos Mortos da Segunda Guerra Mundial conhecido popularmente como "Monumento aos Pracinhas" (Figura 04), no Parque Brigadeiro Eduardo Gomes, Aterro do Flamengo, Rio de Janeiro. Enciclopédia Brasil de Artes (2020, on line) autentica que:

> Encontram-se obras de sua autoria no Museu Nacional de Belas Artes, do Rio de Janeiro (Criação do Homem, gesso de 1945), no Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro (Peixe, pedra sabão de 1953); no Museu de Arte da Pampulha, em Belo Horizonte; na Praça da Sé e no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Memorial da América Latina, em São Paulo; no conjunto residencial Hansa, projetado por Oscar Niemeyer na parte ocidental de Berlim, na Alemanha; e na embaixada do Brasil em Moscou, na Rússia. Trabalhou, sobretudo, o bronze e a pedra. Produziu obras abstratas e figurativas, sendo frequente, entre as últimas, a presença da figura feminina e das imagens religiosas e lendárias, representadas com formas puras e linhas contínuas, que lhe conferem leveza, harmonia e equilíbrio. Segundo a crítica de arte Sheila Leirner, no catálogo da exposição individual feita pelo artista no Museu de Arte Moderna de São Paulo, em 1976, a obra de Ceschiatti é marcada por "momentos de alta poesia, tensão e forte conotação plástica, em que a pulsação rítmica continua sempre latente", chamando a atenção ainda a qualidade na organização dos elementos esculpidos, "em que a disposição de volumes, o jogo de membros e a perfeita proporção entre as partes produz um efeito dos mais equilibrados e pessoais, consequência inevitável da intuição e da sensibilidade estética, aliados a uma excelente técnica."

Figura 04 - Monumento aos Mortos da Segunda Guerra Mundial, Parque Brigadeiro Eduardo Gomes, Aterro do Flamengo, Rio de Janeiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://gramho.com/explore-hashtag/mnmsgm

Em nova parceria com Niemeyer, transformou-se no escultor fundamental de Brasília (Figura 05). A escultura "Duas Amigas" de 1966 foi preparada para o Salão Nobre (jardim superior) do Palácio Itamaraty com orientações do embaixador costa-riquenho Wladimir do Amaral Murtinho, curador-chefe no projeto de ambientação do Palácio. Na nova capital do país, foi integrante da Comissão Nacional de Belas Artes e professor de desenho e escultura na UNB - Universidade de Brasília. Demitiu-se depois em solidariedade aos companheiros perseguidos por causas políticas durante a ditadura militar. O site do Itamaray (2020, on line) atesta que:

> "Duas figuras femininas jovens, mas, de corpo inteiro, em posição frontal, uma ao lado da outra. Rostos idênticos, de feições clássicas, ovalados e levemente inclinados. Ambas têm cabelo lisos, presos no alto da cabeça, pescoços longos e corpos com inclinações nos quadris. Cada uma delas sustenta, com a mão direita, um véu que lhes cai em drapeados, na frente, abaixo do púbis e atrás, sob as nádegas. A figura à direita tem a perna direita flexionada e o calcanhar levantado, estando o pé esquerdo em ângulo. Base em bronze. Pedestal em granito apicoado. Na base, assinatura 'CESCHIATTI', na lateral, 'FUNDIÇÃO ZANI RIO' "
>
> Técnica e precisa, a descrição do IPHAN da escultura feita por Alfredo Ceschiatti para o Salão Nobre (jardim superior) do Palácio Itamaraty, não menciona o gosto do artista pela figura feminina, presente em várias de suas obras. Realizada em 1966, o escultor tencionava fazê-la em bronze com polimento dourado. O Embaixador Wladimir Murtinho, que atuava como curador-chefe no projeto de ambientação do Palácio, no entanto, orientou a deixar capa de pátina mais sóbria, de maneira a não chocar com outra escultura polida no mesmo espaço.

Figura 05 - A Justiça, em granito, em frente ao prédio do Supremo Tribunal Federal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://www.poder360.com.br/opiniao/justica/alguem-pode-tirar-a-faixa-dos-olhos-da-justica-pergunta-mario-rosa/

Entre elos de modernidade na nova Capital Federal, destacam-se oito trabalhos de Ceschiatti: "A Contorcionista", no foyer da Sala Villa-Lobos do Teatro Nacional Cláudio Santoro; "A Justiça", em granito, em frente ao prédio do Supremo Tribunal Federal; "Anjo", em bronze dourado na Câmara dos Deputados do Brasil; "As Gêmeas", em bronze, na cobertura do Palácio Itamaraty; "As Iaras", em bronze, no espelho d'água do Palácio da Alvorada; "Deusa Athena", no saguão da Biblioteca Central da Universidade de Brasília; "Leda e o Cisne", em bronze, no pátio interno do Palácio do Jaburu; e "Os Anjos" e "Os Evangelistas", na Catedral Metropolitana de Brasília. Em terras mineiras, merece registro, a escultura de Nossa Senhora da Piedade apoiando o Cristo Morto (Figura 06), na área fronteiriça à Basílica da Padroeira de Minas Gerais, no alto do santuário da Serra da Piedade, no Município de Caeté. A capital mineira coleciona outras obras de Ceschiatti, conforme afirmação no Site Portal Belo Horizonte (2020, on line):

> Estátua em bronze, assentada sobre um pedestal de mármore, de autoria de Alfredo Ceschiatti, com 3 metros de altura e pesando, aproximadamente, 800 quilos. Foi modelada e fundida em quatro partes, separadamente: cabeça, tronco, quadril e coxa, panturrilha e pernas e depois soldadas consolidando em uma só peça. Com a alteração do trânsito na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

avenida Afonso Pena, pelo projeto Pace, o monumento foi retirado do canteiro central e transferido para o passeio lateral da praça, próximo ao prédio da Telemar. Foi restaurado pelo professor da UFMG, Fabrício Fernandino, em junho de 1999.

Figura 06 - Escultura de Nossa Senhora da Piedade apoiando o Cristo Morto

Fonte: http://espacodeturismo.blogspot.com/2018/12/basilica-de-ns-da-piedadecaete-diario.html

Através de várias leituras percebe-se que apesar da grandiosidade artístico-cultural de Alfredo Ceschiatti, principalmente em solo mineiro, sua história de vida e o contexto relevante de suas obras parece ter sido esquecido. Ceschiatti é um dos grandes nomes vinculados ao Conjunto Moderno da Pampulha com obras incomensuráveis, que são patrimônio conjunto dos mineiros, do país e do mundo. Sua história e grandiosidade não se encerraram quando do seu falecimento no Rio de Janeiro, aos 25 de agosto de 1989. Mesmo partindo aos 70 anos, Ceschiatti foi um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

brasileiro para ser lembrado sempre, sendo que a sociedade precisa reconhecer isso. Sobre uma das obras à beira da lagoa (Figura 07), na igrejinha, o jornal Hoje em Dias (2015, on line) atesta que:

> No espaço para as cerimônias de batismo da Igreja de São Francisco de Assis há um belo painel em relevos de bronze, de Alfredo Ceschiatti. Mas não há a pia para a celebração. O batizado hoje é feito no altar. O pesquisador Rodrigo Vivas soube de relatos de que, provavelmente, havia uma pia ali, em madeira, mas... "Há 15 anos eu procuro essa pia", diz Vivas, que é autor do livro "Por Uma História da Arte em Belo Horizonte" (2012). O painel "A Tentação de Eva e A Expulsão do Paraíso" é outro trabalho de Ceschiatti tido como "polêmico", assim como foi o "conjunto da obra" da capela. O projeto foi completado em 1945 pelas curvas de Niemeyer e as pinceladas de Portinari. Na época, a "Igrejinha da Pampulha" não obteve autorização imediata para funcionar como templo. Hoje, por R$ 2 a visitação, é possível entender que o cenário faz sentido. Afinal, batismo livra o "pagão" daquilo que está contado no painel. Mas não foi bem assim que a obra foi entendida na época. "Os batistérios, desde a tradição de Florença, de 1420 ao século 19, tinham temas sobre o batismo de Cristo", lembra Vivas. Por isso, a decoração do local não poderia versar sobre o "pecado original". Com o batistério, Ceschiatti ganhou como prêmio no 51º Salão Nacional de Belas Artes uma viagem à Itália, onde conheceu as obras de Michelangelo e demais renascentistas. "Para mim a Itália foi um choque...", declarou o artista. Mesmo com toda esta "presença" na história dos brasileiros, Ceschiatti... "É um artista completamente esquecido. Basta procurar informações sobre ele, quase não conhecemos nada", alerta Vivas. Parece que esta injustiça começa a ser desfeita.

Figura 07 - Painel de batismo em relevos de bronze, Igreja de São Francisco de Assis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://rodrigovivas.wordpress.com/2017/01/19/detalhe-do-quarto-painel-do-batisterio-da-igreja-sao-francisco-de-assis-1944/

CONJUNTO MODERNO DA PAMPULHA: área ecológica proposta para a homenagem cultural

O local onde hoje se encontra o bairro Enseada das Garças, situado na regional da Pampulha, como a maior parte dos bairros daquela região, é resultante do loteamento de uma das inúmeras fazendas localizadas na. Lagoa da Pampulha, mas especificamente na área denominada de Pampulha Norte (Figura 08). Uma parte do bairro, por ter sido ocupado preferencialmente por chácaras, ainda conserva um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

clima agradável e ameno, além do aspecto de cidade do interior. É possível achar na região, pessoas montadas à cavalo, algumas ruas de terra, e a nascente de um córrego, popularmente chamado de Olhos d`água63. Inicialmente está área não seria parcelada, mas sim daria origem a um grande parque urbano, conforme detalhes do Planejamento da Região Metropolitana de Belo Horizonte – PLAMBEL64 (1975, p.39-40):

> **3.7 - Parque Pampulha Norte**
>
> Área de 190 ha, localizada ao norte do município de Belo Horizonte, ocupando a parte mais alta da colina que se eleva a noroeste da represa da Pampulha, descendo até o vale do córrego Paracatu, que se apresenta como limite natural do Parque nas imediações do loteamento Céu Azul (Mapa VI). Em direção à Lagoa, o relevo apresenta-se mais acidentado com declividades superiores a 20%.
>
> **Características Principais da Área**
>
> facilidade de acesso definida pela Av. Otacílio Negrão de Lima que contorna a Lagoa da Pampulha e pelas vias secundarias de penetração dos loteamentos próximos a área e pelo de transportes coletivos que atendem ã população alí residente; topografia ondulada, apresentando na parte mais alta da colina declividades que variam na faixa de 5% a 10% .; existência de grande ãrea reflorestada com eucaliptus; proximidade da

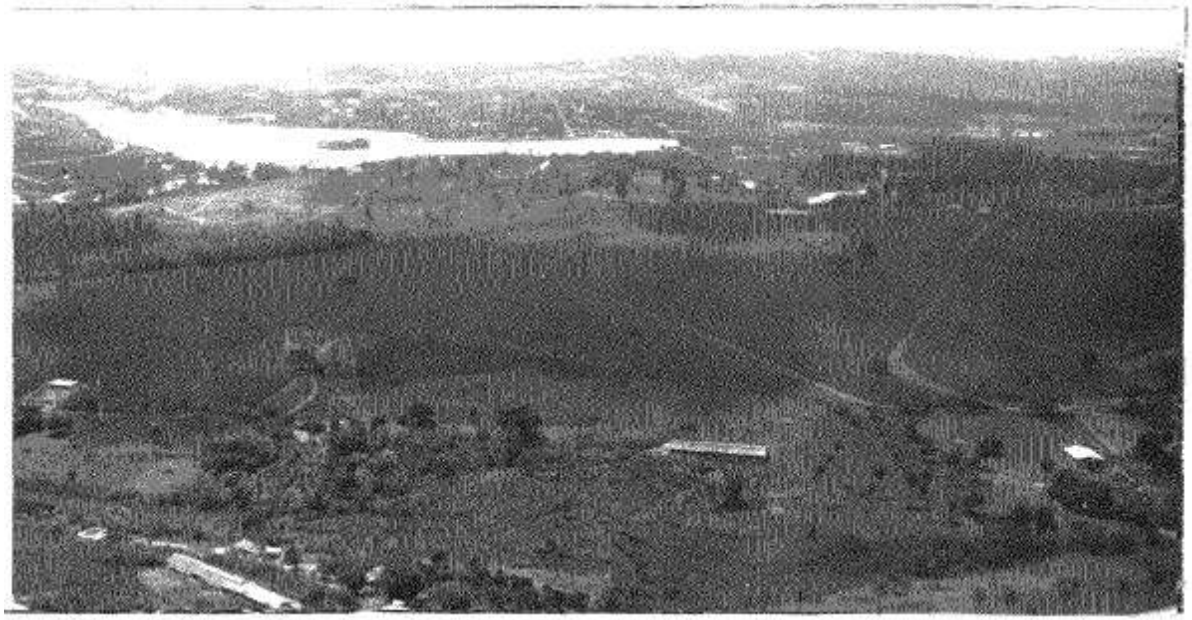
63 Com uma largura de 6,9 metros, o córrego Olhos D'água é composto por diversas nascentes localizadas no bairro Trevo, em Belo Horizonte e sua extensão total são 2,9 km, sendo que 1,8 km são canalizados. Ao longo de sua extensão identificam-se planícies naturais e áreas brejosas, que são responsáveis pela manutenção da sua vazão. Ao redor de suas nascentes é composta por zonas verdes sendo em seguida alterado para áreas urbanizadas, retornando a área original nas proximidades da sua foz. (REVISTA PAMPULHA, 2016; OLIVEIRA, 2014) A sub-bacia está inserida nos bairros Garças, Trevo e Céu Azul, região norte da cidade Belo Horizonte, possui uma área de 277,36 hectares e uma população de 10.494 habitantes. De acordo com o Código Florestal (2012), a área de preservação e amortecimento para este córrego deveria ser de 30 metros, porém nesta área padece com a grande ocupação habitacional, situação essa que pode interferir na proteção do leito e na qualidade das águas (PMS PBH, 2016; LIMA, 2016). Fonte: Francisco (2018, p 26-27)

64 Em 1974 foi criado o ente gestor da RMBH sob a forma de uma autarquia estadual, a Superintendência de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte – PLAMBEL, que surgiu a partir do grupo técnico da Fundação João Pinheiro responsável pelo Plano metropolitano de Belo Horizonte. O PLAMBEL, extinto em 1996, foi responsável por uma rica e extensa experiência de planejamento integrado, pela elaboração de diagnósticos e planos de alto nível técnico e pela formação de uma geração de planejadores ainda atuantes na RMBH. Todavia, o planejamento metropolitano vigente à essa época caracterizava-se pelo excessivo centralismo e autoritarismo, não abrindo espaço para a participação efetiva dos municípios nem da sociedade civil. Fonte: http://www.rmbh.org.br/mzrmbh/pt-br/content/rmbh.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

represa da Pampulha e de sedes campestres de clubes recreativos limitada pelos terrenos cultivados de pequenas granjas e sítios, apresentando uma ocupação rarefeita e oferecendo a visão de uma paisagem rural.

Figura 08 - Lagoa da Pampulha, área denominada de Pampulha Norte



Fonte: PLAMBEL (1975, p. 40)

Segundo o Arquivo Público de Belo Horizonte, antes da origem do bairro, era uma área rural conhecida como Saco dos Cavalos. Além de muitas árvores frutíferas como jabuticabeiras, mangueiras e pitangueiras, outras espécies nativas encontram-se distribuídas espacialmente. Pode-se notar em meio a muito verde, casas de alto padrão e outras mais simples, e ainda alguns lotes vagos com placas divulgando a comercialização dos mesmos. As espécies frutíferas encontram-se em quintais arborizados e as nativas em bosques urbanos fragmentados. Os referidos bosques, são áreas verdes, que independente de serem particulares ou públicas, guardam tesouros da biodiversidade local e inúmeras minas do córrego mencionado relevante para o espelho d'água da lagoa. Sobre o Parque Urbano Metropolitano da Pampulha Norte, visualizável no mapa da Figura 09, o PLAMBEL (1975, p. 40-41) definiu que:

Funções Propostas:

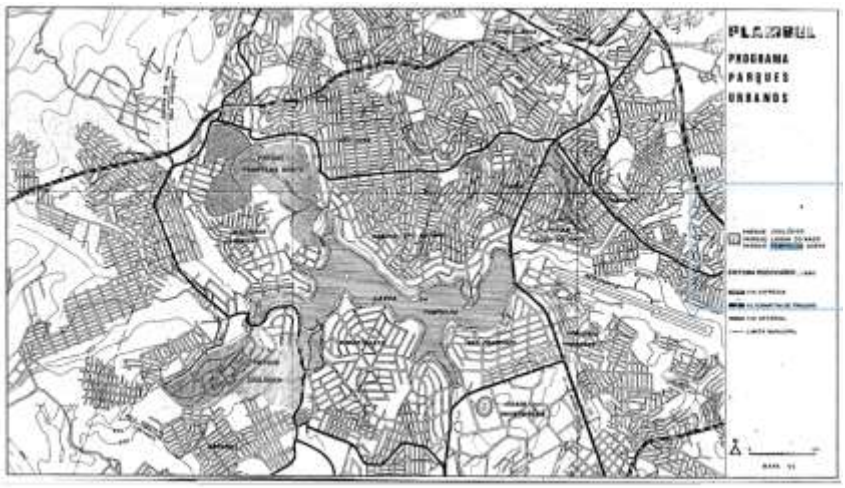
Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Situado nas vizinhanças de área em processo de ocupação recente, o Parque Pampulha Norte integra o complexo definido pela área de influência da Lagoa da Pampulha que se configura como um local potencialmente indicado ao lazer de massa, podendo ofertar a grande número de usuários alternativas para recreação e lazer. A necessidade do Parque e reforçada ao se observar a grande frequência â área nos fins de semana. Grande número de pessoas para lã- se deslocam, atraídas pela presença do Jardim Zoológico e pelos bares e restaurantes que se localizam na Av. Otacílio Negrão de Lima. Estes equipamentos, entretanto, oferecem poucas alternativas de escolha, principalmente para a população de baixa renda, que não pode pagar por este tipo de diversão.

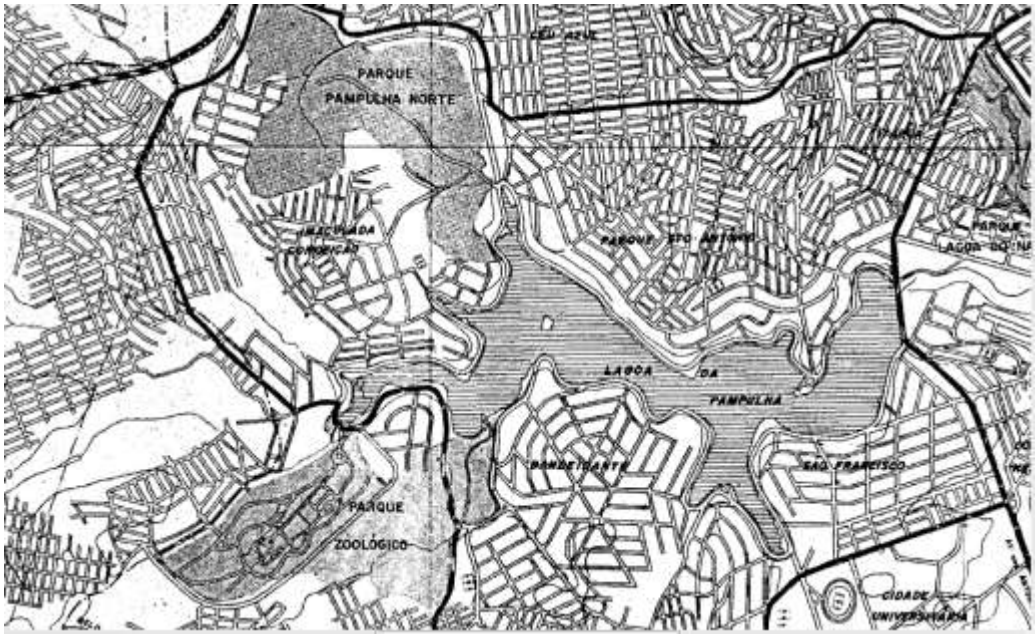
Propõe-se para o Parque Pampulha Norte:

tratamento paisagístico, aumentando a área reflorestada e criando caminhos internos para acesso de pedestres; localização de playgrounds e quadras de esportes nas áreas periféricas ao Parque; concessão de uso para bares e restaurantes mantendo, entretanto, controle rigoroso para sua localização; criação de locais para picnics nos pontos mais elevados da área, formando mirantes com ampla visão da paisagem circundante; localização de equipamentos e mobiliário adequados para maior conforto dos usuários.

Figura 09 - Parque Urbano Metropolitano da Pampulha Norte



Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: PLAMBEL (1975, p. 36)

No presente, o bairro apresenta referências urbanas como diversos clubes recreativos e recebe inúmeras pessoas de toda Belo Horizonte. Inicialmente denominado como Terra do Feijão, encontrava-se lateralmente parcelado ao lado do antigo bairro Imaculada Conceição (hoje Bráunas), e a atual denominação do bairro, como respectivamente indica, homenageia às garças, que pela proximidade da lagoa, frequentam rotineiramente o local para fins de alimentação e reprodução. Apesar da origem do nome ocorrer apenas no final da década de 1970, a referência às garças é anterior, uma vez que esta espécie, biologicamente se adaptou a região, depois de construída a represa em 1938 (Figura 10) com padrões elevados de balneabilidade e potabilidade. A coleção "História de Bairros", no volume temático da Regional Pampulha (2008, p. 28) registra que.

> Embora a Pampulha seja uma região de ocupação mais antiga que a própria cidade de Belo Horizonte, muitos de seus bairros e vilas só foram consolidados nas décadas de 1980 e 1990. Foi o caso dos bairros Suzana, Conjunto Habitacional Confisco, Garças, Xangrilá, Trevo e Nova Pampulha. Nem sempre o poder público conseguiu acompanhar com um planejamento eficiente a velocidade da expansão urbana e, em algumas áreas, o processo de ocupação foi muito desordenado. O resultado disso foi que muitos moradores se estabeleceram nas margens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de córregos e outras áreas de risco, vivendo sem os serviços básicos de infraestrutura como água, luz e esgoto. Essa condição fez com que a Pampulha se tornasse uma regional com características urbanísticas e sociais muito diferenciadas. Os bairros distantes do centro da regional (representado pela lagoa) tiveram um desenvolvimento independente do modelo de modernidade e progresso que se estabeleceu lá. Muitos deles possuem vilas com loteamentos irregulares ou com uma infraestrutura precária.

Figura 10 – Atividades náuticas na Lagoa da Pampulha, nos anos 1950

Fonte: https://vinaec.com.br/2013/04/revitalizacao-da-lagoa-da-pampulha/

Em 12 de agosto de 1975, o prefeito Luiz Verano dava a denominação de Euclides Franco à Avenida Dois do bairro Enseada das Garças. Em 1977, o bairro foi reconhecido e oficializado pela prefeitura adequando-se aos requisitos mínimos para a prestação de serviços públicos. Outro aspecto relevante é a proximidade com a Ilha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos Amores (Figura 11)65. O decreto municipal nº 3654, de 11 de janeiro de 1980 aprovou loteamentos que passam a integrar o bairro do Trevo, acertando as divisas do bairro das Garças com outros parcelamentos e glebas e transcreveu outras providências municipais, conforme disposto nos artigos 7º, 8º, 9º, 10º, 11º e 12º:

> Art. 7º As partes dos quarteirões 9 e 10 das Chácaras das Braúnas passam a complementar, respectivamente, os quarteirões 36 e 27 do Bairro do Trevo.
>
> Art. 8º Os quarteirões 49 a 55 da Zona Norte da Pampulha, já aprovados, passam a integrar o Bairro das Garças.
>
> Art. 9º A parte do quarteirão 1 do Bairro do Trevo, já aprovada, passa a complementar o quarteirão 8 do Bairro das Garças.
>
> Art. 10 - A parte do quarteirão 56 da Zona Norte da Pampulha, já aprovada, passa a complementar o quarteirão 4 do Bairro das Garças.
>
> Art. 11 - O lote 1 do quarteirão 49 da Zona Norte da Pampulha passa a constituir o lote 25 do quarteirão 8 do Bairro das Garças.
>
> Art. 12 - Os lotes 1 a 42 do quarteirão 1 do Bairro do Trevo passam a constituir, respectivamente, os lotes 26 a 67 do quarteirão 8 do Bairro das Garças.

Figura 11 – Ilha dos Amores, localizada na Barragem da Pampulha

. [65] Com a proibição do jogo no Brasil, em 1946, o prédio do Cassino permaneceu fechado por cerca de dez anos, até virar Museu. "O Abraço", porém, não foi originalmente criado para o espaço. Levantamento sobre a obra feito pelo setor de Museologia da instituição diz que a escultura entrou para o acervo do museu em 1957, ano de inauguração da nova fase.Diz o levantamento que a peça foi produzida para ocupar a Ilha dos Amores, um terreno no meio da Lagoa da Pampulha, hoje coberto de pequena mata. No local, que só pode ser acessado de barco, seria instalado um restaurante. Mas, de todo projeto, apenas "O Abraço" chegou a ser instalado no local, onde permaneceu até a inauguração do museu. O restante não saiu do papel. Fonte: Jornal Hoje em Dias (2015, on line)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte:
https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/01/25/interna_gerais,727982/infestacao-na-ilha-dos-amores-na-pampulha-e-obstaculo-para-local-ser.shtml

Em dias quentes e ensolarados, o bairro demonstra o estilo pacato de tranquilidade e quietude dos moradores. Essa percepção é muito divulgada em como estratégia de marketing em sites, principalmente vinculados à venda de casa, lotes e terrenos no local. A região tem se urbanizado de forma acelerada nos últimos anos, com severa remoção da cobertura vegetal e impactos correlacionados na calha do Córrego Olhos d'água66 (Figura 12). A urbanização do local fragmentou os ecossistemas naturais anteriormente pleiteados pelo PLAMBEL para o Parque Urbano Metropolitano Pampulha Norte e dois problemas socioambientais específicos afetarão a lagoa, em especial a impermeabilização do solo e a supressão da cobertura vegetal. O poder público não tem possibilidades de ampliação da área territorial do parque municipal localizado no bairro, uma vez que o mesmo encontra-se fragmentado e com quatro ruas asfaltadas nos limites oficiais de seu perímetro. Alterações neste panorama descrito são defendidas por Santos e Knegt (2014, p. 18-19):

[66] Um dos principais problemas sofridos pela sub-bacia do córrego Olhos D'água é a ocupação irregular. A sub-bacia está inserida em seis bairros de Belo Horizonte: Céu Azul, Copacabana, Garças, Nova Pampulha, Leblon e Trevo e possui uma área total de 277,36 hectares. Desta área total, 2,55 hectares são áreas de vilas e aglomerados (FRANCISCO, 2018, p. 44).

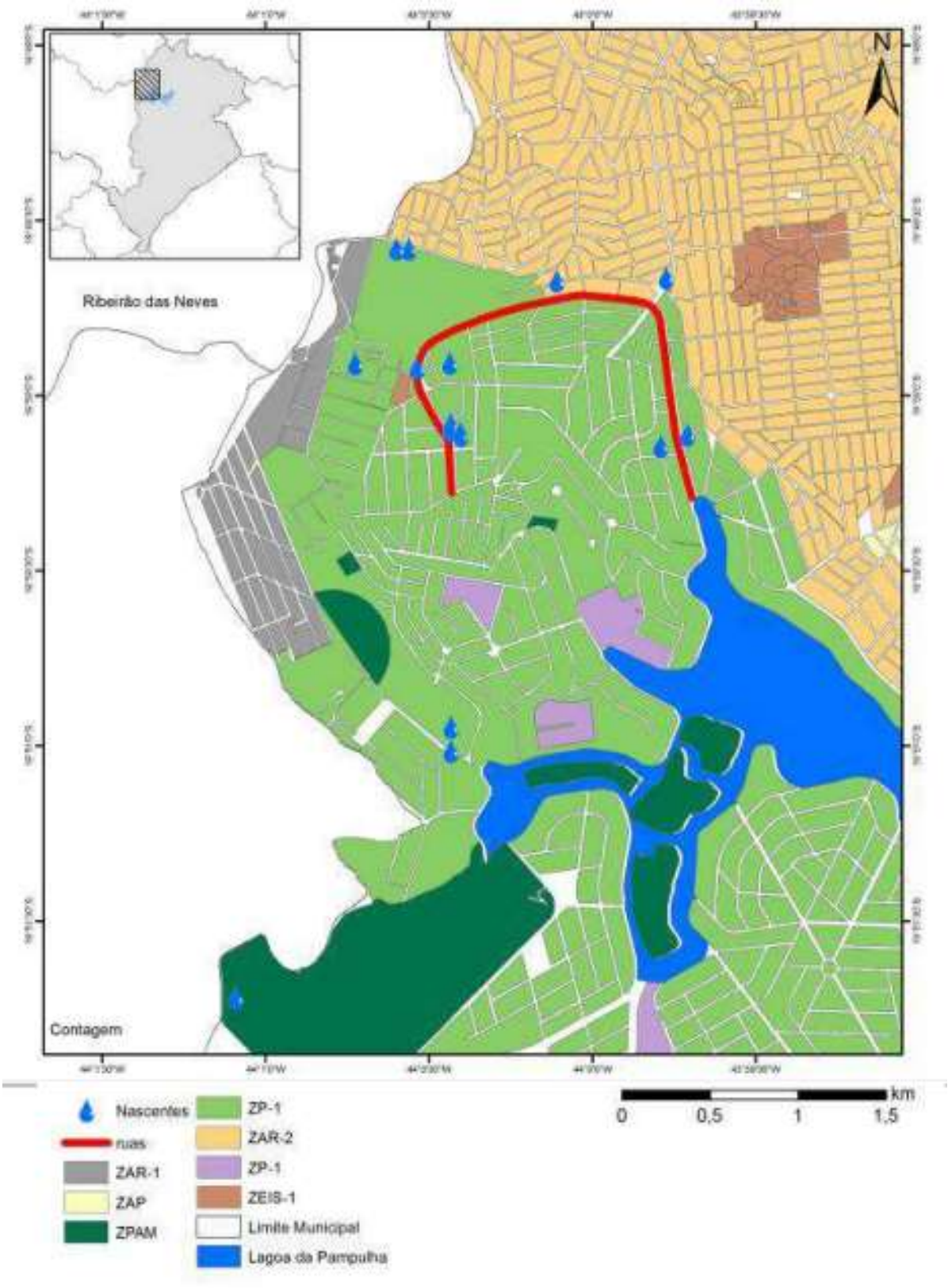
Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, a Resolução CONAMA 36967, que dispõe em seu caput sobre os casos excepcionais de utilidade pública e interesse social como passíveis de intervenções em APPs, relaciona os casos da regularização fundiária sustentável de área urbana e implantação de área verde de domínio público proporciona um vestígio de esperança de que as águas do córrego Olhos d'Água não sequem e permite a apresentação da proposições para uma estruturação de suas margens, contemplando os acessos ás casas e instalando, através de processo participativo, um possível parque linear, esse equipado por brinquedos infantis, aparelhos de ginástica, pista de caminhada e ciclo via, na outra margem da avenida. Ainda sobre o parque idealizado, o mesmo deveria ser ajardinado e/ou arborizado conforme predileção da comunidade do entorno e as possibilidades de adaptação das espécies. A participação da população também deve ser contemplada na contratação de agentes comunitários para manutenção do local. Evidentemente, os procedimentos de estruturação devem contemplar da captação do esgoto.

Figura 12 – Categorias de zoneamento municipal na bacia do córrego Olhos d'água

[67] Resolução CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006, Publicada no DOU no 61, de 29 de março de 2006, Seção 1, páginas 150 – 151. Correlações: Em atendimento à Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, altera pela MP 2.166/2001 Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: Santos e Knegt (2014, p. 13):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A exemplo dos vizinhos bairros Braúnas e Trevo, por ser essencialmente residencial, o comércio da região é incipiente e possui pouca infraestrutura e opções de compra. A aquisição futura de terrenos podem ampliar a oferta de comércios e serviços mas impactará os remanescentes de vegetação que tornam o bairro excepcionalmente agradável. Assim para não se comprometer a represa que é declarada Patrimônio Cultural da Humanidade pela UNESCO e nem a qualidade de vida local é importante a definição de benefícios, incentivos e políticas públicas para preservação ecológica local. Um dos destaques é incentivar os proprietários a efetuarem a conservação da permeabilidade do solo e da vegetação nativa ou exótica, com incentivos através do formato conservacionista de RPPN68. A vocação ecológica da área já é similar em atitudes de entidades privadas, com destaque para o decreto municipal nº 17.168, de 06 de setembro de 2019 que reconheceu como Reserva Particular Ecológica, mencionando a proteção integral da área verde que pertence à AABB69 (Figura 13), situada no Bairro Enseada das Garças**.**

> O Prefeito de Belo Horizonte, no exercício da atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 108 da Lei Orgânica, e tendo em vista o disposto nos arts. 3º e 11 da Lei nº 6.314, de 12 de

[68] Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN)? É uma unidade de conservação (UC) de domínio privado, gravada com perpetuidade na matrícula do imóvel, com o objetivo de conservar a diversidade biológica. A criação desta UC não afeta a titularidade do imóvel. Fonte: https://www.icmbio.gov.br/portal/criesuareserva/perguntas-e-respostas-sobre-rppn#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20uma%20Reserva,afeta%20a%20titularidade%20do%20im%C3%B3vel.

[69] A sub-bacia do córrego AABB possui uma área de 119,24 hectares, com uma população de 1.621 pessoas. Apesar de ser a menor população dentre as oito sub-bacias, a densidade populacional do córrego AABB é de 27,5 hab/ha. As nascentes deste curso d'água estão localizadas no bairro Braúnas, em Belo Horizonte nas proximidades do bairro Enseadas das Garças. Com um baixo adensamento populacional e devido aos diversos sítios e zonas arborizadas, a sub-bacia possui baixo impacto da urbanização (PMS PBH, 2016; REVISTA PAMPULHA, 2016). No entorno do córrego AABB, que recebeu este nome por localizar-se na região do Clube AABB no bairro Pampulha, são encontradas áreas verdes ao longo de sua extensão, o que contribui para preservação e proteção do leito. O curso d'água possui 2,5 metros de largura e para sua chegada a Lagoa da Pampulha foi necessária à canalização próxima a sua foz, fazendo com que o córrego passe por baixo da Avenida Euclides Franco, no bairro Garças em Belo Horizonte, até chegar à orla da Lagoa (LIMA, 2016). Fonte: Francisco, 2018, p. 25-26)

janeiro de 1993, e as informações constantes do Processo Administrativo nº 01.159.571/16-05, decreta:

Art. 1º – Fica reconhecida como Reserva Particular Ecológica – RPE –, pelo prazo de vinte anos, por destinação do proprietário e conforme parecer favorável do Conselho Municipal do Meio Ambiente, a área pertencente à Associação Atlética Banco do Brasil Belo Horizonte, correspondente a 27.316,84m² (vinte e sete mil, trezentos e dezesseis metros quadrados e oitenta e quatro decímetros quadrados), localizada na Avenida Otacílio Negrão de Lima, nº 11.840, Bairro Enseada das Garças, inserida em parte dos imóveis matriculados sob os números 314, 8.402, 21.117, 21.118 e 39.281 do 6º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, conforme especificações constantes do Processo Administrativo nº 01-159.571/16-05.

Art. 2º – Em virtude do reconhecimento a que se refere o art. 1º e mediante requerimento do proprietário e comprovação da averbação deste instrumento e do Termo de Compromisso no Registro de Imóveis competente, fica concedida isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU –, proporcional à área da RPE, nos termos do art. 11 da Lei nº 6.314, de 12 de janeiro de 1993.

Art. 3º – Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 6 de setembro de 2019.

Alexandre Kalil, Prefeito de Belo Horizonte

Figura 13 - RPE – Reserva Particular Ecológica Associação Atlética Banco do Brasil Belo Horizonte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://www.fenabb.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Programacao-FENABB-2018_Web_16_04.pdf

O Parque Urbano do Enseada das Garças foi criado em 25 de março de 2003 e possui uma área aproximada de 33.500 metros quadrados. O parque municipal tem características parciais de preservação ambiental de uma área ecossistêmica remanescente de paisagens rurais pretéritas. No espaço há uma nascente que aflora apenas em épocas de chuva. Sua vegetação é composta por espécies exóticas, nativas de Cerrado e outras plantadas pelo Programa "Uma Vida, Uma Árvore70", no ano de 2008. A situação atual do Parque é "não implantado" pelo poder público, apenas com a área reservada e destinada legalmente à função de unidade de conservação. Não há levantamento de fauna, destacando-se apenas a presença das graças (Figura 09). Localiza-se na Rua Professor Rivadávia Gusmão, em frente ao nº 395 (FUNDAÇÃO DE PARQUES MUNICIPAIS E ZOOBOTÂNICA, 2020, on line). O parque ecológico e cultural insere-se na área de tombamento do Conjunto Moderno da Pampulha, reconhecido como Patrimônio Cultural da Humanidade. Por fim, é

[70] O programa **"**Uma Vida, Uma Árvore**"** é uma parceria entre a TV Globo Minas e as prefeituras de Belo Horizonte, Betim e Contagem. A proposta é que, para cada nova criança nascida nessas cidades, uma muda de espécies típicas de Minas Gerais seja plantada nos parques e praças selecionados pela equipe do programa. Fonte: https://bhrecicla.com.br/blog/post/programa-uma-vida-uma-arvore

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

relevante atestar que o Parque da Enseada das Garças foi oficializado através da lei municipal nº 8.511, datada do ano de 2003, que o criou e deu outras providências.

> O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Fica criado o Parque Ecológico e Cultural Enseada das Garças, na área constituída pela quadra nº 3215, constante da quadrícula 60/48 do Anexo II da Lei nº 7.166, de 27 de agosto de 1996.
>
> Art. 2º O Parque Ecológico e Cultural Enseada das Garças terá comissão consultiva, que opinará e elaborará propostas sobre a sua manutenção e atividades ali desenvolvidas, com a finalidade de contribuir para sua gestão.
>
> Parágrafo Único - A comissão consultiva será composta por um representante de cada um dos seguintes órgãos:
>
> I - Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Saneamento Urbano;
>
> II - Secretaria Municipal de Cultura;
>
> III - Secretaria Municipal da Coordenação de Gestão Regional Pampulha;
>
> IV - associação de moradores dos bairros e adjacentes;
>
> V - Projeto Manuelzão da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
>
> Art. 3º O Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data de sua publicação.
>
> Belo Horizonte, 25 de março de 2003
>
> Fernando Damata Pimentel, Prefeito de Belo Horizonte, em exercício

Figura 09 – Ambiente das garças que deu nome ao Parque Urbano do Bairro Enseada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/entardecer-das-gar%C3%A7as-promete-levar-centenas-a-ilha-dos-amores-1.220468

A homenagem ao "Escultor de Brasília", é mais que emergencial, pois trata-se da correção de um erro. O mineiro, assim como sua história e obras não podem passar em branco pela Mineiridade. Alfredo Ceschiatti não recebeu, nem da Câmara de Belo Horizonte e nem da Assembleia Legislativa, nenhuma Menção honrosa, nem título de cidadão honorário. A Menção Honrosa, é um reconhecimento honroso, por meio de distinção ofertada a um indivíduo ou a uma obra cujo valor é avaliado como digno de referência (registro). A Cidadania honorária é um título de honraria que uma pessoa de relevância ganha de alguma localidade. O título de cidadão iguala o homenageado a uma condição de irmandade, de conterrainedade. Tendo como referência a Lei Municipal nº 10.798, promulgada em 23 de janeiro de 2015 que deu o nome de Altamira Costa Nogueira ao parque ecológico situado no Bairro Santo Antônio, propõe-se a apresentação de um projeto de lei:

> O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Fica denominado Escultor Alfredo Ceschiatti, o parque situado na Rua Professor Rivadávia Gusmão, em frente ao nº 395, no Bairro Enseada das Garças.
>
> Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2021, Prefeito de Belo Horizonte

(Originária de Projeto de Lei de autoria de vereador)

Figura 10 – Parque Escultor Alfredo Ceschiatti,

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-enseada-das-garcas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorridos mais de três décadas de falecimento de Alfredo Ceschiatti, nota-se que a cidade de Belo Horizonte, onde o escultor nasceu não apresentou nenhuma homenagem direta ao mesmo. Não há na cidade, nenhuma alameda, avenida, beco, parque, praça, rua ou viela homenageando-o, nem na região adjacente a Lagoa da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pampulha onde encontra-se parte de suas obras. Trata-se portanto de uma dívida histórica que precisa ser equacionada dada à legitimidade e importância artístico-cultural das obras assinadas pelo escultor. No pais, destaca-se o seu nome numa rua do bairro Barra da Tijuca, na zona oeste do Rio de Janeiro. A Pampulha precisa prestar a devida homenagem á este mineiro de raro valor e grande história. Como 2020 é ano eleitoral, a respectiva proposta deverá ser encaminhada a algum vereador eleito para o mandato 2021-2024.

Neste contexto é preciso que a Câmara Municipal de Belo Horizonte possa empreitar ações legislativas no sentido de se resgatar a história e memória deste mineiro ímpar, que como Carlos Drummond de Andrade, Fernando Sabino e tantos outros mudaram-se para Rio, quando esta ainda era a capital federal. Em buscas de novos ares e lugares partiram, embora mantivessem suas almas alicerçadas na doce lembrança da Mineiridade. Assim sugere-se que o nome do escultor seja dado, via projeto de lei e posteriormente legislação oficial a um parque urbano localizado no bairro Enseada das Garças, no entorno do Conjunto Moderno da Pampulha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARREGUY, Cintia Aparecida Chagas. RIBEIRO, Raphael Rajão (Coordenadores). **Coleção Histórias de bairros de Belo Horizonte: Regional Pampulha.** Belo Horizonte: APCBH; ACAP-BH, 2008-h. 80 p. il. Disponível em <http://www.pbh.gov.br/historia_bairros/PampulhaCompleto.pdf> Acesso em 25. Jun. 2020**.**

ASSEMBLEIA LESLATIVA DO ESTDO DE MINAS GERAIS. **Manual de Solenidades e Eventos Institucionais.** Belo Horizonte: Publicações ALMG. Disponível em <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/cartilhas_manuais/arquivos/pdfs/manual_solenidades_eventos_institucionais/Etapas_manualEventos.pdf> Acesso em 09. Jul. 2020

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Informações básicas para o mandato de vereador: contribuição da Assembleia Legislativa gaúcha para as Câmaras Municipais**. Ed. Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. -- 132 p. disponível em <http://www2.al.rs.gov.br/espacodovereador/LinkClick.aspx?fileticket=GwR1iSE5Ob8%3D&tabid=5129&language=pt-BR> Acesso em 09. Jul. 2020

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO. **Entenda a importância do projeto de lei para a democracia.** Disponível em <http://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/entenda-a-importancia-do-projeto-de-lei-para-a-democracia/> Acesso em 09. Jul. 2020

BONFORT CONTABILIDADE **Legislador VII - Etapas da Tramitação de um Projeto de Lei.** Disponível em <http://bonfortcontabilidade.com.br/binario/1947/Legislador%20VII.pdf> Acesso em 09. Jul. 2020

CALAÇA, Lucas. O estado democrático de direito à luz da Constituição Federal. Disponível em <https://lucascalaca71.jusbrasil.com.br/artigos/189932692/o-estado-democratico-de-direito-a-luz-da-constituicao-federal> Acesso em 09. Jul. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **O que faz o Vereador?** https://www.cmbh.mg.gov.br/perguntas-frequentes/vereadores-sal%C3%A1rio-presen%C3%A7a-custeio-do-mandato-gabinetes/o-que-faz-o-vereador

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **O menor caminho entre os interesses da população e a Câmara dos Deputados** [recurso eletrônico] / Câmara dos Deputados, Comissão de Legislação Participativa. – 10. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/documentos/CLPUmapagina.pdf > Acesso em 09. Jul. 2020

ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL. **Escultor Alfredo Ceschiatti.** Disponível em <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa10513/alfredo-ceschiatti> Acesso em 09. Jul. 2020

ENCICLOPÉDIA BRASIL DE ARTES. **Escultor Alfredo Ceschiatti.** Disponível em <http://www.brasilartesenciclopedias.com.br/nacional/ceschiatti_alfredo.htm> Acesso em 09. Jul. 2020

ESCRITÓRIO DE ARTE. **Escultor Alfredo Ceschiatti.** Disponível em <https://www.escritoriodearte.com/artista/alfredo-ceschiatti> Acesso em 09. Jul. 2020

FRANCISCO, Karla Helena. **DIAGNÓSTICO DA CONDIÇÃO DE SANEAMENTO E QUALIDADE DAS ÁGUAS DOS CONTRIBUINTES DO RESERVATÓRIO DA PAMPULHA**. Monografia (Especialização em Gerenciamento de Recursos Hídricos) Belo Horizonte: Instituto de Ciências Biológicas, Universidade Federal de Minas Gerais. 2018. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BCCPBC/1/monografia_karla_ufmg.pdf> Acesso em 09. Jul. 2020

GALERIA ESPAÇO CULTURAL DUQUE. **Escultor Alfredo Ceschiatti.** Disponível em <http://www.galeriaespacoculturalduque.com.br/alfredo-ceschiatti/> Acesso em 09. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, ARTÍSTICO NACIONAL. **Conjunto Moderno da Pampulha: Dossiê de candidatura do Conjunto Moderno da Pampulha para inclusão na Lista do Patrimônio Mundial.** Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/FMC_dossie_conjunto_moderno_%20da_pampulha.pdf> Acesso em 09. Jul. 2020

JORNAL HOJE EM DIA. **Exposição e pesquisa inédita resgatam obras de Alfredo Ceschiatti**. Escrita por Elemara Duarte. reportagem datada de 13/07/2015 - Disponível em <https://www.hojeemdia.com.br/almanaque/exposi%C3%A7%C3%A3o-e-pesquisa-in%C3%A9dita-resgatam-obras-de-alfredo-ceschiatti-1.314695> Acesso em 09. Jul. 2020

MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006** Publicada no DOU no 61, de 29 de março de 2006, Seção 1, páginas 150 – 151. Disponível em <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489> Acesso em 09. Jul. 2020

MOURA, Marcia Aline Fernandes de. **PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS LEIS.** Trabalho final curso de pós-graduação em Comunicação Legislativa. Universidade do Legislativo Brasileiro e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. BRASÍLIA – DF, 2008. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160744/M%C3%81RCIA%20ALINE%20FERNANDES%20DE%20MOURA.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acesso em 09. Jul. 2020

PALÁCIO DO ITAMARATY. **Escultor Alfredo Ceschiatti.** Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/diplomacia-cultural-mre/20732-alfredo-ceschiatti> Acesso em 09. Jul. 2020

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Fundação de parques Municipais e Zoobotânica: Informações sobre o Parque Enseada das Graças.** Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-enseada-das-garcas> Acesso em 09. Jul. 2020

PORTAL BELO HORIZONTE. **Obras de Arte: Estátua de Milton Campos.** Disponível em <http://portalbelohorizonte.com.br/o-que-fazer/arte-e-cultura/obras-de-arte/estatua-de-milton-campos> Acesso em 09. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REDE AÇÃO SOCIOMABIENTAL. **Dá a Denominação de Escultor Alfredo Ceschiatti ao Parque Cultural e Ecológico localizado no bairro Enseada das Garças**. Ofício 1942. Belo Horizonte, 2019

SANTOS, Adriane Aparecida; KNEGT, Leonardo Mateus Pfeilsticker. **CORREGO OLHOS D´AGUA: O A(EN)TERRO DE UM RIO EM UM DOS MAIS BELOS CENÁRIOS DE BELO HORIZONTE – A LAGOA DA PAMPULHA.** In: Anais do III Seminário Nacional sobre Áreas de Preservação Permanente em meio Urbano - APPURBANA2014.Disponível em <http://anpur.org.br/app-urbana-2014/anais/ARQUIVOS/GT4-299-102-20140618095332.pdf> Acesso em 09. Jul. 2020

SITE BAIRROS DE BELO HORIZONTE **Regional da Pampulha: Bairro Enseada das Garças**. Disponível em <https://bairrosdebelohorizonte.webnode.com.br/bairros%20da%20regi%C3%A3o%20da%20pampulha-/> Acesso em 09. Jul. 2020

SITE CRÍTICA DE ARTE BH. **Anônimo. Abóbada da seções norte e nordeste: Criação de Adão e Eva; O pecado original e A expulsão do paraíso Mosaico. 1240–1300**. Disponível em <https://criticadeartebh.com/2017/01/19/anonimo-abobada-da-secoes-norte-e-nordeste-criacao-de-adao-e-eva-o-pecado-original-e-a-expulsao-do-paraiso-mosaico-1240-1300/> Acesso em 09. Jul. 2020

VIVAS, Rodrigo; GUEDES, Gisele. **TRADIÇÃO E DIÁLOGO: ANÁLISE DO BAIXO-RELEVO DA IGREJA SÃO FRANCISCO DE ASSIS**. In: 25 Encontro da ANPAP, 2016, Porto Alegre. 25 Encontro da ANPAP. Porto Alegre: ANPAP, 2016. v. 1. p. 914-929. Disponível em <http://anpap.org.br/anais/2016/comites/chtca/gisele_guedes_rodrigo_vivas.pdf> Acesso em 09. Jul. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A NORMA TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO PARA A CIDADANIA: O IPTU-CIDADÃO

JOÃO PAULO DOMINGOS DE SOUSA

RESUMO: O Estado regulador estabeleceu, dentre outros, um novo quadro normativo de relacionamento do setor privado com a administração pública. As normas tributárias indutoras podem instituir benefícios e/ou agravamentos, visando à realização de comportamentos mais desejáveis pelos agentes econômicos. Os incentivos fiscais são os instrumentos hábeis para servirem à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos. A Constituição de 1988, na esteia das anteriores, outorgou aos municípios competência para criar imposto sobre "propriedade predial e territorial urbana" (art. 156, inciso I). Assim, embora o IPTU tenha por objetivo primordial a obtenção de recursos financeiros para os Municípios, também pode ser utilizado com finalidade extrafiscal, o que significa que a tributação pode estar voltada para o alcance de outros fins sociais. O Programa "IPTU CIDADÃO", da Prefeitura Municipal de João Pessoa - Paraíba, criado através da lei nº 8.277 de 16 de julho de 1997, mostra-se uma parceria entre a população e o município de João Pessoa, visando à execução ou recuperação da pavimentação dos logradouros, melhorando a qualidade de vida e a valorização do imóvel. Dentro deste contexto, o objetivo geral da monografia foi analisar a tributação e cidadania, com reflexo no programa IPTU-CIDADÃO. A pesquisa adotou o método de abordagem hipotético-dedutivo e métodos de procedimento o método funcionalista, para a pesquisa teórica, o método estatístico para a pesquisa empírica e o comparativo nos dois. Pela pesquisa teórica, os dados foram coletados através da pesquisa bibliográfica e documental. Pelo método estatístico, analisou-se um questionário aplicado aos moradores de uma rua beneficiado pelo programa IPTU-CIDADÃO, bem como, os bairros beneficiados até o presente momento por este programa e a faixa salarial predominante. Pelo método comparativo, analisou-se as normas jurídicas tributárias do município de Campina Grande, comparando-as com a política pública fiscal do município de João Pessoa – chamada IPTU-CIDADÃO.

Palavras-chave: normas tributárias – Políticas públicas - cidadania

ABSTRACT: The regulatory state established, among others, a new normative framework for the relationship between the private sector and the public administration. Inductive tax rules can institute benefits and / or aggravations, aiming at the realization of more desirable behaviors by economic agents. Tax incentives are the skillful instruments to serve the economic induction in the hypotheses of benefits that are now granted to encourage specific behaviors. The 1988 Constitution, in line

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

with the previous ones, granted municipalities the power to create a tax on "urban land and property" (art. 156, item I). Thus, although the IPTU's primary objective is to obtain financial resources for the Municipalities, it can also be used for extra-fiscal purposes, which means that taxation may be aimed at achieving other social purposes. The "IPTU CIDADÃO" Program, of the Municipality of João Pessoa - Paraíba, created through Law No. 8,277 of July 16, 1997, shows a partnership between the population and the municipality of João Pessoa, aiming at the execution or recovery of paving of public areas, improving the quality of life and the value of the property. Within this context, the general objective of the monograph was to analyze taxation and citizenship, reflected in the IPTU-CIDADÃO program. The research adopted the hypothetical-deductive approach method and procedural methods the functionalist method, for theoretical research, the statistical method for empirical research and the comparative method in both. Through theoretical research, data were collected through bibliographic and documentary research. Through the statistical method, a questionnaire applied to the residents of a street benefited by the IPTU-CIDADÃO program was analyzed, as well as the neighborhoods benefited to date by this program and the predominant salary range. Through the comparative method, the legal tax rules of the municipality of Campina Grande were analyzed, comparing them with the public fiscal policy of the municipality of João Pessoa - called IPTU-CIDADÃO.

Keyword: tax rules - Public policies - citizenship

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. REGULAÇÃO ECONÔMICA E TRIBUTAÇÃO. 1.1.1 ESTADO REGULADOR E REGULAÇÃO ECONÔMICA. 1.2.2 A COMPETÊNCIA PARA REGULAR. 1.2.3 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR O TRIBUTO. 2 OS INCENTIVOS FISCAIS. 3 SISTEMAS CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO, NEUTRALIDADE E EXTRAFISCALIDADE: A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA. 3.1 SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA. 3.2 TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA: A EXTRAFISCALIDADE. 3.3 A NEUTRALIDADE DA TRIBUTAÇÃO. 4. O IPTU. 4.1 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. 4.2 BASE DE CÁLCULO. 4.3 ALÍQUOTA. 4.4 ASPECTO PESSOAL. 4.5 LANÇAMENTO. 4.6 IPTU CIDADÃO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É inquestionável a afirmação de que constitui a tributação o pilar financeiro de grande parte dos Estados contemporâneos. Estado Fiscal, então, refere-se ao país que reserva à iniciativa privada o exercício das atividades econômicas, impondo sobre elas tributação para o financiamento das suas atividades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A expressão "estadualidade fiscal", nesse contexto, corresponde à noção da separação entre Estado e economia, sustentando-se o primeiro através da imposição de tributos sobre a segunda.

A intervenção do Estado na economia manifesta-se em sistemas econômicos muito diversos, constituindo a superação do liberalismo econômico por via da intervenção estatal um dado fundamental da estrutura contemporânea. Mas, qual é o estímulo e/ou desestímulo das normas indutoras relacionadas à figura dos tributos?

Deve o Estado, ao editar normas de indução e/ou de direção, examinar os efeitos sobre todo o processo econômico. Partindo-se de que o Estado tanto pode impor comportamentos quanto estimulá-los, torna-se possível um entendimento quanto à diferença da intervenção por indução e por direção. Essa diferença pode ser explicada a partir do exemplo concreto do controle de preços, pois a norma de direção vincula a determinada hipótese com único conseqüente. Havendo desrespeito à norma diretiva, deve haver a aplicação de sanções. O agente, portanto, fica obrigado ao comportamento previsto na norma. Já a norma indutora é diversa. São verdadeiras normas dispositivas, pois o agente não se vê sem alternativas.

Assim, as normas indutoras, ao contrário das normas de direção, não impõem um único comportamento. E os agentes econômicos, por conseqüência, podem não aderir ao comportamento nelas previsto, fazendo um exame de seus efeitos.

As normas tributárias indutoras são, antes de normas indutoras, normas tributárias. O agente econômico não fica obrigado a se submeter aos seus balizamentos, porquanto têm elas a natureza de estimular e/ou desestimular comportamentos que vão ser decididos pelo próprio destinatário das normas

Diante do exposto, coloca-se o seguinte problema: existem políticas públicas tributárias no município de Campina Grande – PB que estimulem o exercício da cidadania fiscal como há no município de João Pessoa – PB o "IPTU-CIDADÃO"?

A presente pesquisa fez uso do método de abordagem dedutivo que, segundo Michel (2005, p. 58) "é um tipo de raciocínio que caminha do registro de fatos particulares para chegar à conclusão ampliada que estabelece uma proposição geral", já que se estudou normas jurídicas e políticas públicas tributárias municipais, portanto, locais, que estimulam o exercício da cidadania, para que mediante a interação entre Direito, políticas públicas e cidadania estabeleça-se uma real correlação e interdependência entre esses fenômenos.

Quanto aos métodos de procedimento, a pesquisa adotou, conforme classificação de Marconi e Lakatos (2009, p.110), o método funcionalista, para a pesquisa teórica, o método estatístico para a pesquisa empírica e o comparativo nos dois.

Pela pesquisa teórica, os dados foram coletados através da pesquisa bibliográfica e documental. Na primeira situação, teve a finalidade de identificar publicações em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Sua finalidade foi colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto. Já a segunda, teve o objetivo de identificar leis, projetos de cidadania fiscal, além de outras informações acerca de normas positivas e/ou políticas públicas de cidadania fiscal.

Pelo método estatístico, analisou-se um questionário aplicado aos moradores de uma rua beneficiada pelo programa IPTU-CIDADÃO, bem como, os bairros beneficiados até o presente momento por este programa e a faixa salarial predominante. Segundo Gil (1999, p. 34) o método comparativo:"[...] procede pela investigação de indivíduos, classes, fenômenos ou fatos, com vistas a ressaltar as diferenças e similaridades entre eles. Sua ampla utilização nas ciências sociais deve-se ao fato de possibilitar o estudo comparativo de grandes grupamentos sociais, separados pelo espaço e pelo tempo. [...]". Assim, pelo método comparativo, analisou-se as normas jurídicas tributárias do município de Campina Grande, comparando-as com a política pública fiscal do município de João Pessoa – chamada IPTU-CIDADÃO

1.REGULAÇÃO ECONÔMICA E TRIBUTAÇÃO

1.1.1Estado regulador e regulação econômica

Iniciado no Brasil na década de 90, o Estado regulador trouxe mudanças para economia nacional, como privatizações de empresas públicas e o desenvolvimento das agências reguladoras. Aragão(apud Oliveira, 2008), define a regulação estatal da economia como:

> "o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos".

1.2.2A competência para regular

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal diz que a competência tributária é, em regra, concorrente, assim é competente para regular e legislar à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Cite-se, como exemplo, o texto do art. 24 da CF, que assim dispõe:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
>
> II - orçamento;
>
> III - juntas comerciais;
>
> IV - custas dos serviços forenses;
>
> V - produção e consumo;
>
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
>
> VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
>
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;[...]
>
> § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Poder de legislar ou de regular é o poder de governar, ou seja, constitui o poder de restringir, proibir, proteger, encorajar, promover, tendo em vista qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

objetivo público, desde que sem violação aos direitos individuais protegidos no plano da ordem jurídica. Portanto, há uma existência de competência de todos os entes federativos para promoverem a harmonização das relações econômicas e sociais. Todavia, algumas matérias são afetas apenas à esfera de competência da União (ELALI, 2007).

1.2.3 O dever fundamental de pagar o tributo

Canotilho (apud Altoé, 2009, p. 75), diz que, num Estado Democrático de Direito, os deveres fundamentais significam:

> Em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade. Em segundo lugar, a fórmula constitucional não significa a simetria de direitos e deveres, mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação, para os deveres fundamentais. O fundamento constitucional (...) é (...) radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito".

A Constituição Federal delimita a competência à União, Estados e Municípios (arts. 153 a 156), bem como, especifica os tributos a serem criados (arts. 153 a 156), assim, a CF estabelece liberdades ao dever fundamental de pagar tributos. Torres (apud Altoé, 2009), parte da premissa que o dever de pagar tributo está intrinsecamente relacionado à liberdade, pois pelo Estado Fiscal de Direito, hoje vigente, o nascimento do tributo é decorrência do espaço aberto pela autolimitação da liberdade e constitui o preço da liberdade, tendo em vista que permite o desenvolvimento das atividades pelo cidadão sem a necessidade de entregar qualquer atividade prestacional pessoal, mas por ela se limita e pode chegar a oprimi-la, se não contiver a legalidade.

Para que haja a implementação dos deveres fundamentais é necessário que os cidadãos arquem com os custos, dentre os quais, o custo financeiro, que se traduz no dever de pagar tributos. Assim, conclui-se que, o dever tributário deve ser abraçado a todos os cidadãos, como bem ressalta Nabais (apud Altoé, 2009), para quem "no actual Estado Fiscal, para o qual não se vislumbra qualquer alternativa viável, os impostos constituem um declinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos devem honrar".

Num estado de direito social, por exemplo, as necessidades caminham lado a lado com a retribuição por parte do Estado, haja vista que este deve suprir as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessidades decorrentes do abismo social. Sobre este Estado de direito social, diz Alexy(apud Altoé, 2001, p. 83)

> "(...) existe quando o estado, por impostos ou outros tributos, proporciona-se o dinheiro que é necessário para cuidar do mínimo existencial dos carecidos. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de atuação geral".

O dever fundamental de pagar tributos possibilita, assim, o meio pelo qual o estado cumpre o seu objetivo, protegendo um bem coletivo, possibilitando a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Portanto, o ideal de justiça tributária se traduz no fundamento de que a todos está designado um dever de pagar impostos na medida da capacidade contributiva individual.

2 OS INCENTIVOS FISCAIS

Os incentivos fiscais, principalmente em países em desenvolvimento, é instrumento colocado à disposição do Estado com propósitos regulatórios das atividades extrafiscais. Seixas Filho (apud Oliveira, 2008), destaca esse tipo de intervenção estatal como um estímulo de índole econômica ao exercício de atividades privadas. Diz o autor que "os incentivos fiscais são concedidos para exercerem uma função de desenvolver determinada atividade, considerada relevante para o legislador".Os aspectos mais relevantes dos incentivos podem ser sintetizados na afirmação de Catão(apud Martins, 2007, p. 13)

> "Em uma primeira abordagem, ao menos para saciar o desejo de uma definição, vemos que "incentivos fiscais" são instrumentos de desoneração tributária, aprovados pelo próprio ente político autorizado à instituição do tributo, através de veículo legislativo específico, com o propósito de estimular o surgimento de relações jurídicas de cunho econômico".

Martins(apud Elali,2007), diz que a "utilização de política dos incentivos fiscais para a obtenção de determinados desideratos desejáveis aumentou consideravelmente a partir de 1964, acompanhando a formulação de novas teorias progressistas". A cada dia, portanto, tem aumentado no Brasil a força dos estímulos de natureza tributária para a busca do desenvolvimento econômico sustentável.

Assim, é nítida a importância da intervenção estatal por meio da tributação com objetivos regulatórios, estimulando determinadas atividades econômicas, e os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

incentivos fiscais servem de indução de benefícios para o desenvolvimento econômico. No dizer de Elali (2007, p. 254):

> "As normas tributárias indutoras são instrumentos hábeis para a concessão de incentivos fiscais, desde que se observem as rígidas divisões do exercício do poder político (competência tributária e reguladora). Assim sendo, podem os entes federativos, conceder incentivos por meio de normas tributárias indutoras, desde que não estejam regulando matérias alheias à sua esfera de poder".

Consequentemente, pela leitura do art. 24 da Constituição Federal, não podem os Municípios, instituir incentivos para proteger o meio ambiente ou o consumidor, por exemplo. Nada obsta que normas tributárias indutoras sejam editadas pelas municipalidades, na tentativa de amenizar as desigualdades regionais, desde que não viole o pacto federativo.

3 SISTEMAS CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO, NEUTRALIDADE E EXTRAFISCALIDADE: a tributação como instrumento de regulação econômica

3.1 Sistema Constitucional Tributário Brasileiro: a Constituição Financeira

Segundo Barroso (apud Oliveira, 2008), cada norma constitucional estabelece uma relação de interdependência com as outras e deve ser interpretado com a preocupação de que sejam evitados contradições. Com efeito, as normas que compõem o sistema (constitucional) tributário são próprias e autônomas (quase todas elas, inclusive organizadas esquematicamente em seção própria na CF – arts. 145 a 162), disciplinam uma matéria dogmaticamente individualizável, e são reguladas por princípios específicos.

Segundo Ávila(apud Oliveira, 2008) Quanto a suas características essenciais, o sistema constitucional tributário brasileiro é aberto, tanto no sentido de ser capaz de permanente desenvolvimento, como no de que suas normas muitas vezes reenviam o intérprete a outras que não estão expressamente previstas nele e, às vezes até no próprio sistema constitucional geral brasileiro.

O sistema constitucional tributário brasileiro também possui como característica sua rigidez. No dizer de Ataliba(apud Oliveira, 2008), essas características decorrem do fato de que, de um lado, as regras de competência (incluindo a definição dos tributos e seus requisitos normativos específicos) e repartição de receitas tributárias são reguladas pormenorizadamente pela Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No que tange as limitações ao poder de tributar, as normas constitucionais aufere garantias aos contribuintes em contraposição ao dever solidário de pagamento dos impostos pela administração pública.

3.2 Tributação como instrumento de regulação econômica: a extrafiscalidade.

A doutrina consagra amplamente a classificação dos tributos como fiscais e extrafiscais. Pertencem aos tributos fiscais os tributos com objetivos meramente arrecadatórios, e aos tributos extrafiscais, os que alcançam outros fins sociais, que não a mera arrecadação.

Os tributos designados como fiscais são, para Oliveira (2008) aqueles cuja configuração aponta para o objetivo único de abastecimento do erário, custeando o Estado e a administração pública, sem que outros interesses interfiram na atividade impositiva.

A doutrina vê na extrafiscalidade à realização de valores que exceda a "mera" arrecadação de tributos. Nesta linha, Torres (2001, p. 167) sustenta:

> "A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias".

Por meio da extrafiscalidade e de diversos outros mecanismos, a tributação consegue de forma efetiva e eficaz indicar aos particulares qual é a conduta que mais tem consonância com os objetivos da sociedade e com os ditames constitucionais.

As políticas públicas dizem respeito às variadas formas de atuação do Estado e de seus diferentes governos, de suas agências e funcionários, no trato de questões ligadas à vida econômica, social e política de seus cidadãos. Elas guiam à ação do Estado, estabelecendo regras e regulando áreas específicas.

A possibilidade de, por meio da tributação, se implementarem políticas públicas dos cidadãos no sentido que melhor atenda às finalidades constitucionais demonstra que, se bem utilizada, a tributação pode sim, gerar uma situação mais justa e equânime entre todos os agentes sociais. A extrafiscalidade, assim, revela-se o meio pelo qual o Estado realiza uma intervenção indireta na sociedade, diga-se, na vida econômica e social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.3 A neutralidade da tributação

As normas tributárias indutoras devem conviver harmonicamente com a neutralidade da tributação. Barroso(apud Oliveira, 2008) afirma que, neutralidade é um conceito complexo, que se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles, segundo o ilustre autor, são: a imparcialidade, que representa a ausência de interesse imediato nas questões; e a impessoalidade, que corresponde à atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém.

Como aduz Santos (apud Oliveira, 2008), há dois tipos de "não-neutralidade" no campo da tributação: a positiva e a negativa, a primeira representando a facilitação da consecução dos objetivos econômicos, e a segunda, o inverso. Um efeito da neutralidade, portanto, pode ser justamente inverso aos objetivos da ordem econômica. O tributo, em muitos momentos, deve corrigir as distorções, tratando de forma desigual algumas atividades ou determinados grupos de agentes econômicos.

No Brasil a neutralidade representa a regra geral: a tributação deve tratar todos igualmente, mas como há grandes problemas nacionais, torna-se necessária a utilização da tributação como instrumento de regulação da ordem econômica, visando-se ao desenvolvimento econômico. Com isso, é fundamental que a tributação seja adaptada às realidades de cada região e de cada atividade econômica, através de incentivos e agravamentos para a correção das distorções nas relações econômicas. Nesse ponto, inexistiria neutralidade da tributação, porque as normas tributárias indutoras, ao incentivarem certos comportamentos "desejáveis", estariam assumindo a função de alterar o status quo, aspecto que contradiz a idéia originária de neutralidade (Oliveira, 2008).

4. O IPTU

O imposto predial foi criado, no Brasil, pelo alvará de 27 de junho de 1808, sob a denominação de "décima urbana". Sendo sua cobrança foi regulada pelo alvará de 13 de maio de 1809. A denominação "décima" manteve-se até o ano de 1873, quando deu lugar à de "imposto sobre prédios" e, mais adiante (1881), à de "imposto predial". A Constituição de 1988 outorgou aos municípios competência para criar imposto sobre "propriedade predial e territorial urbana" (art. 156, inciso I).

4.1 Hipótese de incidência

Para Barreto (2009) o núcleo da hipótese de incidência do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil. Com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de 10 de janeiro de 2002), esse núcleo foi ampliado com a inclusão do direito de superfície, assegurado, expressamente, pelo art. 1.369.

No dizer de Barreto (2009 apud Ataliba, 1973) fixada uma data, reputa-se ocorrido o fato imponível (descrito na hipótese de incidência) apenas naquele momento, dando origem à obrigação tributária. As ocorrências, as alterações, físicas ou de titularidade, que se processem em relação ao imóvel, a partir daí, são irrelevantes. A lei não pode fixar uma data de ocorrência do fato que faz nascer a obrigação tributária antes da concretização desse mesmo fato.

4.2 Base de Cálculo

O Código Tributário Nacional erege como base de cálculo do imposto o valor venal do imóvel. Segundo Nogueira (apud Barreto, 2009), a fixação dessa estimativa carece, portanto, de avaliação de cada imóvel, não sendo possível, dessa forma, estabelecer, previamente, em lei, o quantum do imposto. A determinação numérica do valor venal só poderá ser realizada a posteriori.

4.3 Alíquota

Para Barreto (2009) a alíquota, no imposto "predial e territorial", é representativa do fator que, aplicado sobre a base calculada (base de cálculo transformada em cifra) conduzirá ao quantum devido a título de imposto. Este será o resultado do produto valor venal vezes alíquota.

4.4 Aspecto pessoal

Como regra, o titular do poder fiscal é o Município. Mas o IPTU não é imposto de exclusiva competência municipal, porque existem as exceções no art. 147 da Constituição: "competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais". Para Barreto (2009) a par do proprietário, o CTN elege como sujeito passivo do IPTU o titular do domínio útil, dispondo apenas e tão-só sobre o instituto da enfiteuse, desdobramento do termo "propriedade".

4.5 Lançamento

Carvalho (apud Barreto, 2009), analisando as normas do CTN que cuidam do crédito tributário, adverte que sempre que o legislador do Código menciona constituir o crédito reporta-se ao ato jurídico do lançamento, em que o agente administrativo, aplicando a lei ao caso concreto, formaliza a obrigação tributária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O IPTU exige lançamento anual, por considerar a lei tributária que, a cada exercício, ocorre um novo "fato gerador ", dando origem ao surgimento da respectiva obrigação tributária. Para que o lançamento possa ter eficácia é preciso que seja cumprida etapa indispensável: a da notificação.

O teor do art. 160 do CTN bem evidencia a relevância da notificação do lançamento. Dele se extrai, ainda, que o lançamento devidamente notificado é condição da exigibilidade do crédito tributário.

4.6 IPTU CIDADÃO

No Brasil, a Constituição delimitou a competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, circunscrevendo a esfera de atuação de cada uma dessas entidades jurídico-políticas, no que concerne à instituição e conseqüente cobrança dos tributos.

Mas, apesar de receber prerrogativa constitucional para instituir tributos sobre determinadas situações, deve assentar esta exigência em consonância com os princípios constitucionais, de forma que a sua cobrança não atente contra ideais maiores que a sociedade almeja proteger ou atingir.

A competência para instituir o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, antes dos Estados, passou a ser dos Municípios a partir da Constituição de 1934. A mudança propiciou a possibilidade da utilização deste imposto como instrumento para uma melhor adequação das políticas urbanas, visto que a estes cabe também o exercício do poder de polícia relativo ao uso da propriedade imobiliária urbana. É que nos Municípios, as populações e as autoridades locais, reúnem melhores condições para bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade e identificar as soluções mais adequadas.

Assim, embora o IPTU tenha por objetivo primordial a obtenção de recursos financeiros para os Municípios, também pode ser utilizado com finalidade extrafiscal, o que significa que a tributação pode estar voltada para o alcance de outros fins sociais.

Há o Programa "IPTU CIDADÃO", da Prefeitura Municipal de João Pessoa - Paraíba, criado através da lei nº 8.277 de 16 de julho de 1997, mostrando-se uma parceria entre a população e o município de João Pessoa, visando à execução ou recuperação da pavimentação dos logradouros, melhorando a qualidade de vida e a valorização do imóvel.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Programa é implementado com recursos financeiros dos participantes e ressarcidos posteriormente em sua totalidade pela PMJP na forma de compensação do valor do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e da Taxa de Coleta de Resíduos (TCR), vencidos ou a vencer.

Os proprietários (contribuintes) solicitam a EMLUR – Autarquia Especial Municipal de Limpeza Urbana, através de abaixo-assinado à inclusão no Programa "IPTU CIDADÃO" do logradouro (rua) onde pretendem executar a obra. Uma vez constatada a viabilidade da obra, a EMLUR solicita a secretaria de infra-estrutura (SEINFRA), o projeto e orçamento do logradouro. Definido o projeto e o orçamento, a EMLUR solicita a secretaria de infra-estrutura (SEINFRA), o projeto e orçamento do logradouro.

Definido o projeto e o orçamento, a EMLUR solicita a Secretaria das Finanças (SEFIN) à abertura de uma conta bancária específica para o logradouro e vinculada ao programa "IPTU CIDADÃO" informado aos contribuintes o número da conta, a agência e a instituição financeira.

Quando o valor total da obra estiver depositado na conta acima citada, a EMLUR formaliza o procedimento licitatório, encaminhando o processo à Secretária das Finanças (SEFIN) com o nome da empresa vencedora do certame. A secretaria de infra-estrutura (SEINFRA) expede a ordem de serviço para que seja dado início a obra, a mesma é responsável pela fiscalização e recebimento da obra.

Cada participante encaminhará a EMLUR, o requerimento solicitando o ressarcimento do crédito em forma de compensação de tributos que adquiriu ao participar do Programa. Junto com o(s) comprovante(s) de depósito (original ou cópia autenticada), as guias de recolhimento dos tributos a serem compensados e cópia do CPF.

A EMLUR elabora uma "CARTA DE CRÉDITO" que será enviada a secretaria das finanças (SEFIN), juntamente com a documentação acima citada para ser homologada pelo Secretário das Finanças após o reconhecimento da legitimidade do crédito do contribuinte pelo secretário de infra-estrutura para que proceda a compensação devida emitindo um extrato de compensação que será encaminhado ao participante.

No que tange a compensação dos impostos, cada participante encaminhará a EMLUR, o requerimento solicitando o ressarcimento do crédito (em forma de compensação de tributos) que adquiriu ao participar do programa. Junto com o(s) comprovante(s) de depósito (original ou cópia autenticada), as guias de recolhimento dos tributos a serem compensadas e cópia do CPF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, estruturado pelo sistema jurídico, detém o atributo da coerção, podendo editar normas de direção, verdadeiros comandos, obrigatórios aos agentes e à sociedade como um todo. As normas diretivas, todavia, muitas vezes não são eficazes na realização da vontade constitucional, sendo necessário estimular e/ou desestimular os comportamentos econômicos sociais para que se atinja o objetivo econômico e social, utilizando-se de outra espécie de norma jurídica, designada como norma indutora. As normas indutoras, ao contrário das diretivas, não abrigam os agentes a comportamentos específicos, mas, instituindo vantagens e/ou desvantagens, induzem os agentes à adoção de comportamentos mais desejáveis na busca da ordem jurídica, inclusive para evitar o cometimento de ilícitos.

As normas indutoras, nesse contexto, devem ser editadas a partir dos benefícios que tragam à coletividade, à estrutura social, sendo imprescindível o exame de sua eficiência. Fala-se em eficiência, quando sejam maiores do que os prejuízos à coletividade os benefícios de determinados comportamentos.

A pesquisa empírica limitou-se ao colhimento de dados junto à EMLUR, que, infelizmente, foram bastante sucintos para um conhecimento intrínseco em relação ao IPTU-CIDADÃO. Não há um portfólio e nem um material detalhado acerca do programa, assim, ao longo deste projeto, algumas idéias foram nascendo, que fizeram com que outros métodos de análise surgissem na tentativa de preencher a carência de informações que se obteve junto à EMLUR sobre o programa em si.

Então, fez-se um levantamento de todas as ruas que já foram beneficiadas pelo programa IPTU-CIDADÃO. Todos estes dados fizeram parte do resultado final deste projeto que usou o método estatístico para apontar os resultados do questionário aplicado junto aos moradores da rua Wilson Dias Novo, contemplados com o programa IPTU-CIDADÃO, e bem como a relação entre bairros beneficiados até o presente momento e a faixa salarial.

O resultado encontrado na atual pesquisa, que, tinha como objetivo geral analisar as normas tributárias como indução ao exercício da cidadania, com reflexo no programa IPTU-CIDADÃO, mostrou que, embora o IPTU tenha por objetivo primordial a obtenção de recursos financeiros para os Municípios, também pode ser utilizado com finalidade extrafiscal, o que significa que a tributação pode é voltada para o alcance de outros fins sociais.

O IPTU-CIDADÃO, foi criado em 1997 na gestão do então senador Cícero Lucena. Havia uma grande inadimplência na arrecadação do IPTU, bem como a carência de infra-estrutura em vários pontos do município, assim, criou-se este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

programa a fim de amenizar a inadimplência e favorecer à população com os benefícios concedidos, uma parceria entre o poder público e a sociedade civil.

Na época, houve uma grande divulgação na mídia; folderes, e etc. Acontece que, infelizmente, tem-se uma cultura entre os gestores de não dar muito respaldo aos programas implantados pela gestão anterior. Então, com o advento dos novos gestores que sucederam o então senador Cícero Lucena, o programa continuou, mas não com a mesma intensidade e a desinformação acerca do programa se faz sentir na população, principalmente à de baixa renda.

Por outro lado, o programa privilegia pessoas com um certo poder aquisitivo, à exemplo de Jardim Cidade Universitária e Jardim Oceania, por que? Porque os custos com a obra são caros, e, apesar de ser rateado entre os beneficiados, nem toda a população possui recursos para custear obras desse porte.

O Estado quando atribui direitos a um grupo de indivíduos, reconhece-lhes o status de cidadãos. Assim, embora o IPTU atinja, no município de João Pessoa, outros fins sociais, que não a mera arrecadação, a exemplo do IPTU-CIDADÃO, infelizmente, este programa não abraça toda a população, pois os bairros carentes estão à mercê deste benefício, então, se as normas indutoras visam benefícios que tragam à coletividade, tais benefícios devem se moldar as várias realidades sociais.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Marcelo Martins. Direito *versus* dever tributário: colisão de direitos fundamentais / Marcelo Martins Altoé; prefácio Geovany Cardoso Jeveaux. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Série temas fundamentais de direito; v. 9 / coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, José Rogério Cruz e Tucci).

BARRETO, Aires f. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo. Editora: Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de.Direito Tributário e Políticas Públicas/Coordenador José Marcos Domingues. [Ed. AL]. – São Paulo: MP Ed., 2008.

DAGNINO, E. (org). Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil. São Paulo: Paz e Terra,2002.

ELALI, André de Souza Dantas. Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais/ André Elali. - São Paulo: MP Ed., 2007.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. ed. São Paulo: 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do trabalho científico. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, André Elali, Marcelo Magalhães Peixoto (Coordenadores). Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP Ed., 2007.

MICHEL, Maria Helena. Metodologia e pesquisa científica em ciências sócias. São Paulo: Atlas, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO E A FORÇA NORMATIVA DOS ENUNCIADOS DO FONAJE NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS CÍVEIS

NATALIA TEIXEIRA MONTEIRO: Graduanda em Direito, estagiária no 12° Juizado Especial Estadual Cível de Manaus. Ulbra – Universidade Luterana do Brasil – Centro Universitário Luterano de Manaus

RESUMO: Uma das formas utilizadas nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis para a tentativa de integração da lei e padronização de procedimentos é através da aplicação dos enunciados expedidos pelo Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE). O FONAJE foi criado em 1997 e trata-se de uma reunião composta pelos magistrados do Sistema de Juizados Especiais com o intuito de troca de informações para o aprimoramento e padronização desse sistema no âmbito nacional. Os seus enunciados são os resultados da interpretação da Lei 9.099/95 que apontam critérios para aplicação uniforme dela no território nacional. O objetivo da pesquisa é descobrir a fonte jurídica dos enunciados para entender se possuem força para normatizar os procedimentos judiciais dos Juizados e obrigar com que as partes os cumpram. A justificativa para a realização desta pesquisa está no fato de que no âmbito dos juizados estaduais cíveis é comum essa dúvida por aqueles que atuam em um processo. A base de pesquisa utilizada será a teoria bibliográfica, em doutrinas, artigos e publicações do próprio FONAJE. Nessa pesquisa daremos especial atenção aos Juizados Especiais Estaduais Cíveis e veremos que a aplicação dos enunciados do FONAJE e a sua força normativa em um pronunciamento judiciário é facultativa.

Palavras-Chave: Enunciados. FONAJE. Juizados Especiais Estaduais Cíveis. Lei 9.099/95.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS; 3. O FONAJE: 3.1 OS ENUNCIADOS DO FONAJE; 4. A APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO FONAJE: 4.1 A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO; 4.2 A FORÇA NORMATIVA DOS ENUNCIADOS DO FONAJE; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca explanar sobre a aplicação dos enunciados do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, bem como, a sua força normativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O objetivo é descobrir sua fonte jurídica, de onde vêm e quem os criam, para entender se possuem força para normatizar os procedimentos judiciais dos Juizados e obrigar com que as partes os cumpram. Quer dizer, descobrir se são de cumprimento obrigatório ou não.

A justificativa para a realização desta pesquisa está no fato de que no âmbito dos juizados estaduais cíveis é comum essa dúvida pelos servidores, estagiários, partes e seus procuradores, principalmente por aqueles que sucumbem em um processo.

Dessa forma, procurar-se-á enfrentar essa questão de que se os enunciados do Fonaje possuem força normativa tal que possam ordenar cumprimento obrigatório.

A base de pesquisa utilizada será a teoria bibliográfica, em doutrinas, artigos e publicações do próprio FONAJE.

2 OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Os Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, regidos pela Lei 9.099 de 1995, foram criados para atendimento às causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo conforme a previsão constante no inciso I, do artigo 98 da Constituição Federal de 1988[1], *in verbis:*

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e **os Estados criarão:**
>
> I - **juizados especiais,** providos por juízes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo,** permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (grifo nosso)

Após a criação dos Juizados Estaduais vieram ainda a Lei nº 10.259 de 2001 dispondo sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal e a Lei nº 12.153 de 2009 referente aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, formando, assim, um microssistema dos juizados (DONIZETTI, 2017, p. 841). [2]

Trata-se de um microssistema porque as três legislações compartilham dos mesmos princípios informativos, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

economia processual e celeridade; adotaram basicamente o mesmo rito processual e possibilitam a remissão entre suas leis. [3]

Esse microssistema com suas próprias legislações é distinto dos procedimentos elencados no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), para se ter uma ideia, estabeleceram-se disposições especiais acerca da competência, da composição dos Juizados Especiais, das partes e dos procuradores, dos atos processuais, da extinção do processo, entre outras coisas, portanto, apenas quando esse conjunto normativo não apresentar regra específica é que, em tese, se recorre em auxílio ao CPC/2015 (DONIZETTI, 2017, p. 841-842).[4]

Nesse trabalho daremos especial atenção aos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, disposto entre os artigos 1º ao 59 da Lei 9.099/95.

3 O FONAJE

O Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), criado em 1997, com a primeira denominação de Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, é uma reunião composta pelos Magistrados do Sistema de Juizados Especiais com o intuito de troca de informações para o aprimoramento e padronização deste sistema no âmbito nacional. [5]

Dentre os objetivos deste Fórum está: congregar magistrados do Sistema de Juizados Especiais e suas Turmas Recursais; uniformizar procedimentos, expedir enunciados, acompanhar, analisar e estudar os projetos legislativos e promover o Sistema de Juizados Especiais; e colaborar com os poderes estatais, bem como com os órgãos públicos e entidades privadas, para o aprimoramento da prestação jurisdicional.[6]

3.1 OS ENUNCIADOS DO FONAJE

Como dito, uma das formas utilizadas pelo FONAJE para a tentativa de padronização dos Juizados é através da expedição de enunciados.

Esses enunciados são os resultados da interpretação da Lei 9.099/95, entendimentos apresentados pelos participantes do FONAJE que apontam critérios para aplicação uniforme da Lei no território nacional.[7]

Até hoje, no campo dos juizados estaduais cíveis, foram expedidos 171 enunciados que procuraram uniformizar procedimentos, dentre eles, 15 foram substituídos, 20 cancelados e 7 renumerados como enunciado dos Juizados da Fazenda Pública, restando apenas 129. [8]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4 A APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO FONAJE

Os defensores dos Juizados, participantes do FONAJE, sustentam que quando da interpretação das normas do juizado especial, o juiz não deve recorrer ao Código de Processo Civil, mesmo para soluções de questões que configurem omissão do legislador, senão nas hipóteses em que tal medida se mostre compatível e coerentes com os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e da busca pela conciliação (art. 2º. da Lei n. 9.099/1995). [9]

É que, como dito, o procedimento dos juizados é distinto do sustentado pelo CPC/2015, precisamente em relação à competência, das partes, dos atos processuais, seus prazos etc.

Para tanto, foi expedido o enunciado 161 do FONAJE: "Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95".[10]

Dessa forma, os enunciados expedidos pelo FONAJE vêm para tentar suprir a lacuna normativa nos juizados.

4.1 A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO

Apesar do FONAJE defender o uso dos enunciados e a aplicação do CPC/2015 somente nas hipóteses compatíveis e coerentes com os princípios orientadores dos juizados, a doutrina sustenta que os enunciados do FONAJE até podem ser aplicados e indicar uma possível interpretação da jurisprudência sobre determinado tema, mas não possuem caráter vinculante.[11]

Talvez o enunciado que obteve maior repercussão de divergência sobre a obrigatoriedade de sua aplicação, bem como, de seu cumprimento, foi o de nº 165 que assim preleciona: “Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua (XXXIX Encontro - Maceió-AL).”[12], haja vista que o artigo 219 do CPC/2015[13] determina que os prazo processuais serão computados em dias úteis.

O FONAJE, no seu livro “Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos” (p. 87), sustenta que a aplicação do enunciado 165 está fundamentada no fato de que a lei especial (9.099/95) prevalece sobre a lei geral (CPC/2015) e que, apesar de tratar-se de uma omissão da lei 9.099/95, a contagem conforme a regra do CPC/2015 prolonga o prazo de duração do processo, contrariando o princípio da celeridade, orientador dos juizados. [14]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Porém, posteriormente a criação do enunciado 165, adveio enunciado da I Jornada de Direito Processual Civil, em agosto de 2017, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho Nacional da Justiça Federal, dispondo que: " O prazo em dias úteis, previsto no art. 219 do CPC/2015, aplica-se também aos procedimentos regidos pelas Leis nº 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009.", essa linha de entendimento já era defendida pelos Enunciados 45 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), e Enunciado 175 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF).[15]

Houve, ainda, a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 483 no Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sustentando a inconstitucionalidade de decisões judiciais que aplicam a contagem dos prazos em dias corridos nos Juizados Especiais e pleiteando que fosse determinado a contagem dos prazos em dias úteis.[16]

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil alegou ofensa do enunciado 165 aos artigos 2º (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.), 5º, incisos II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo lega) e 7º, inciso XV (repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos), todos da Constituição Federal de 1988.[17]

Tal ADPF consta como julgada sem resolução do mérito com base no artigo 485, VI, CPC/2015 (por ausência de legitimidade ou de interesse processual) e artigo 21, IX, do Regimento Interno do STF (são atribuições do Relator: julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto). [18]

O que causou o julgamento prejudicado da ADPF 483 foi a criação da Lei 13.728 em outubro de 2018, que incluiu o art. 12-A na Lei 9.099/1995 determinando que a contagem de prazos, nos Juizados Especiais, será feita em dias úteis: "Art. 12-A. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis." [19]

Após isso, o próprio FONAJE declarou que o enunciado 165 deveria ser revisto.[20]

4.2 A FORÇA NORMATIVA DOS ENUNCIADOS DO FONAJE

Após toda a polêmica do enunciado 165, a afirmação de que os enunciados não possuem força obrigatória foi expressada pelo próprio FONAJE através do seu livro, já citado, "Os Enunciados Cíveis do FONAJE e seus Fundamentos" publicado em 2019 (p.15) [21]:

> Resultantes de ampla discussão e deliberação dos seus membros, todos magistrados dos Juizados Especiais**, os enunciados do FONAJE são orientações ao aplicador do direito e, nesse aspecto, se assemelham às súmulas dos Tribunais, pois garantem previsibilidade e segurança jurídica. Mas se diferenciam porque o seu descumprimento não gera consequências, sua autoridade é exclusivamente moral.** (grifo nosso)

Assim, mesmo que os enunciados do FONAJE procurem uniformizar os entendimentos, garantir previsibilidade e segurança jurídica, o seu descumprimento não gera consequências, como no caso de uma súmula vinculante.

As súmulas vinculantes são verbetes editados pelo Supremo Tribunal Federal, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal,[22] possuindo, assim, caráter cogente, ou seja, uma norma que detém poder para seu cumprimento obrigatório de maneira coercitiva. [23]

Logo, a aplicação dos enunciados do FONAJE e a sua força normativa em um pronunciamento judiciário é facultativa. Necessariamente, para uma boa fundamentação jurídica, o enunciado deverá ser utilizado acompanhado de uma norma com força obrigatória, como uma lei.

5 CONCLUSÃO

Através da pesquisa sobre a aplicação e a força normativa dos enunciados do FONAJE nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis é possível perceber que os Juizados Especiais foram criados para atender as causas de menor complexidade com a intenção de que o deslinde da demanda obtivesse o fim mais célere, tanto é que um dos princípios orientadores dos juizados é a celeridade.

Necessitando as leis dos juizados de integração, o operador do direito ou o magistrado logo se socorreria ao Código de Processo Civil, contudo, alguns ditames da lei geral vão em contradição com os princípios orientadores do microssistema dos juizados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Defendendo isso, o FONAJE veio para a discussão das matérias dos juizados especiais com o objetivo de integralizar as lacunas de suas leis, tentando padronizar os procedimentos e entendimentos através da expedição de enunciados.

Ocorre que seus enunciados não possuem força de lei, dessa maneira, não poderiam contradizer a lei geral, Código de Processo Civil (CPC), quando a lei específica fosse omissa.

Como exemplo utilizamos o enunciado 165 do FONAJE que estipulava que os prazos processuais nos juizados seriam corridos, enquanto que o CPC/2015 já previa a contagem somente em dias úteis.

De fato que os enunciados possuem seu reconhecimento certo de reflexão e assentamento de entendimentos dos magistrados que atuam nos juizados e procuram a evolução e o melhor desenvolvimento da prestação jurisdicional desse sistema, mas a sua aplicação em um pronunciamento judicial ou em uma petição das partes é facultativa, é como escolher entre que palavras da doutrina utilizar e de qual autor.

Portanto, os enunciados expedidos pelo FONAJE não possuem força tal para normatizar os procedimentos judiciais por si só e para obrigar os jurisdicionados a cumpri-los, dependendo, o entendimento registrado pelo enunciado, de fundamento em uma norma erga omnes, que vale para todos, como as leis, súmulas vinculantes, ditames constitucionais etc.

REFERÊNCIAS

[1] BRASIL. Constituição (1988), Capítulo III – DO PODER JUDICIÁRIO, Art. 98, I. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de abr, 2020.

[2] DONIZETTI, Elpídio. Procedimentos nos Juizados Especiais Cíveis (...): O Microssistema nos Juizados Especiais Cíveis. In: _____. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2017. Parte II, Cap. 3, p. 841.

[3] DONIZETTI, Elpídio. Procedimentos nos Juizados Especiais Cíveis (...): O Microssistema nos Juizados Especiais Cíveis. In: _____. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2017. Parte II, Cap. 3, p. 841.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[4] DONIZETTI, Elpídio. Procedimentos nos Juizados Especiais Cíveis (...): O Microssistema nos Juizados Especiais Cíveis. In: _____. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2017. Parte II, Cap. 3, p. 841- 842.

[5] Sobre o FONAJE. FONAJE [Internet]. Disponível em:<https://www.amb.com.br/fonaje/>. Acesso em 8 de abr, 2020.

[6] Objetivos. FONAJE [Internet]. Disponível em:<https://www.amb.com.br/fonaje/>. Acesso em 10 de abr, 2020.

[7] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. **Coletânia comemorativa 20 anos do Fonaje: 1997-2017**. Porto Velho: Emeron, 2017. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/Ebook_FONAJE_06.11.2017.pdf>. Acesso em 11 de abr, 2020.

[8] Enunciados. FONAJE [Internet]. Disponível em:< https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em 10 de abr, 2020.

[9] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. Autonomia do Sistema Processual dos Juizados Especiais Cíveis ante o Código de Processo Civil – O Princípio da Cooperação. In:_____. Coletânia comemorativa 20 anos do Fonaje: 1997-2017. Porto Velho: Emeron, 2017. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/Ebook_FONAJE_06.11.2017.pdf>. Acesso em 11 de abr, 2020.

[10] Enunciado 161 do FONAJE. FONAJE [Internet]. Disponível em: < https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em 11 de abr, 2020.

[11] DONIZETTI, Elpídio. Procedimentos nos Juizados Especiais Cíveis (...): Os prazos do CPC/2015 e as influências no procedimento sumaríssimo. In:_____. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2017. Parte II, Cap. 3, p. 901- 902.

[12] Enunciado 165 do FONAJE. FONAJE [Internet]. Disponível em: < https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em 19 de abr, 2020.

[13] BRASIL. Código de Processo Civil de 2015, Art. 219 e parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 de abr, 2020.

[14] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. Enunciado 165. In:_____. Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos. Porto Velho: TJ - Emeron, 2019, p. 87 – 88. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/EbookEnunciadosFonaje_Fev2020.pdf>. Acesso em 20 de abr, 2020.

[15] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. Enunciado 165. In:_____. Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos. Porto Velho: TJ - Emeron, 2019, p. 87 – 88. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/EbookEnunciadosFonaje_Fev2020.pdf>. Acesso em 20 de abr, 2020.

[16] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. Enunciado 165. In:_____. Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos. Porto Velho: TJ - Emeron, 2019, p. 87 – 88. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/EbookEnunciadosFonaje_Fev2020.pdf>. Acesso em 20 de abr, 2020.

[17] Supremo Tribunal Federal STF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 483 DF - DISTRITO FEDERAL. Jusbrasil. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713115307/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-483-df-distrito-federal>. Acesso em: 23 de ab, 2020.

[18] ADPF 483. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5271117>. Acesso em: 20 de abr, 2020.

[19] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. Enunciado 165. In:_____. Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos. Porto Velho: TJ - Emeron, 2019, p. 87 – 88. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/EbookEnunciadosFonaje_Fev2020.pdf>. Acesso em 20 de abr, 2020.

[20] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. Enunciado 165. In:_____. Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos. Porto Velho: TJ - Emeron, 2019, p. 87 – 88. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/EbookEnunciadosFonaje_Fev2020.pdf>. Acesso em 20 de abr, 2020.

[21] HONÓRIO, Maria do C.; LINHARES, Erick; BALDAN, Guilherme R. **Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos**. p. 15. Porto Velho: TJ - Emeron, 2019. Disponível em:< https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/EbookEnunciadosFonaje_Fev2020.pdf>. Acesso em 11 de abr, 2020.

[22] Súmula vinculante. GLOSSÁRIO JURÍDICO [Internet]. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 14 de abr, 2020.

[23] Cogente. DIREITONET. [Internet]. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/910/Cogente>. Acesso em 14 de abr, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO ALIMENTAR E NUTRICIONAL NA AMÉRICA LATINA E SUA PROJEÇÃO NO BRASIL: UMA INTERSECÇÃO ENTRE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA (FAO) E SUA EFETIVAÇÃO NOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

FILIPE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE).Pós Graduando em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O presente artigo cuida de investigar a natureza e as políticas da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e suas repercussões no Brasil relativo ao direito humano internacional à alimentação necessária, no tocante ao estudo teórico-jurídico. Inicialmente, é verificada a vinculação entre o direito humano à alimentação necessária e a relação com a democracia social. Nessa toada, discorre-se sobre a questão jurídica-institucional relativa ao aludido direito alimentar, bem como sua concepção. Por conseguinte, são demonstradas as políticas articuladas entre a FAO e o governo brasileiro, destacando a atuação do Brasil na FAO e a representação da organização no Brasil. Por razão, conclui-se, ressaltando o cenário atual da relação entre o Brasil e a FAO e suas consequências nos sistemas político e jurídico do ordenamento pátrio brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO); Direito Alimentar; Direito humano à alimentação necessária.

ABSTRACT: The present article looks after itself of investigating the nature and the policies of the Organization of the United Nations for the Food and the Agriculture (FAO) and his repercussions in Brazil relative to the international human right to the necessary food, regarding the legal-theoretical study. Initially, the vinculação is checked between the human right to the necessary food and the relation with the social democracy. In this melody, one talks about the institutional-legal question relative to the alluded food right, as well as his conception. Consequently, there are demonstrated the policies articulated between the FAO and the Brazilian government, when there is detaching the acting of Brazil in the FAO and the representation of the organization in Brazil. For reason, one concludes, emphasizing the current scenery of the relation between Brazil and the FAO and his consequences in the political and legal systems of the Brazilian native ordenamento.

KEYWORDS: Organization of the United Nations for the Food and the Agriculture (FAO); Food Right; human Right to the necessary food.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito à Alimentação; 3. O papel da FAO na agricultura sustentável familiar brasileira; 4. Políticas Públicas Agropecuárias e suas consequências ambientais; 5. FAO e relação com o Brasil no contexto atual; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, no âmbito do pós-segunda guerra mundial, seguido pelo fim do colonialismo e por uma ampliação progressiva de produção alimentar por parte de alguns países industrializados, foi que o direito à alimentação revelou seu primeiro reconhecimento em documentos oficiais, adotados internacionalmente, para depois alcançar reconhecimento oficial em alguns ordenamentos jurídicos de Estados soberanos.

A individualização do direito à alimentação nos mecanismos internacionais alusivos aos direitos humanos viabilizava o início de uma base diversa entre Estados mais desenvolvidos economicamente e aqueles mais frágeis, em comutação ao poder colonial. Surgia um mecanismo baseado nas relações econômicas e políticas que resultaram em instrumentos para conservação de modelos de submissão e de preponderância econômica, cultural e social, até na questão do acesso aos alimentos. Em 1948, na tentativa de impedir a reestruturação de novas formas de poder, foi emanada a Declaração Universal de Direitos Humanos que reconheceu a cada indivíduo o direito a um nível de vida capaz de lhe garantir e à sua família a saúde e o bem-estar, ressaltando a relevância da alimentação.

Em seguida, o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 16 de dezembro de 1966, mas que entrou em vigência apenas em 23 de março de 1976, na qual reforçou o reconhecimento do direito humano universal à alimentação, exigindo a partilha equitativa dos recursos alimentícios mundiais em vinculação às necessidades de cada país, levando-se em cômputo os problemas tanto dos países importadores como dos exportadores de gêneros alimentícios.

2 O DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A alimentação como forma de subsistência do homem denota importância na organização do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, inserindo-se na relação dos direitos humanos, que se efetivaram ainda no século XX, após a segunda Guerra Mundial. Este período histórico ficou estigmatizado pela fome e exterminação que se abateu sobre os países que haviam participado da guerra, e dirigidos pela urgência de uma discussão transnacional, em 1945 a Organização das Nações Unidas fundou a Organização das Nações Unidas para Agricultura e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Alimentação (FAO) com a disposição de liderar esforços para erradicar a fome e cooperar para a melhoria da nutrição de todos os povos. Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, dispôs em seu artigo 25:

> Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.

O direito à alimentação adequada se exerce quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada e aos meios para obtê-la. O direito à alimentação adequada não deve ser interpretado, por conseguinte, de forma estreita ou restritiva, assimilando um conjunto de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos específicos. O direito à alimentação adequada deverá ser alcançado progressivamente. No entanto, os Estados têm a obrigação básica de adotar as medidas necessárias para mitigar e aliviar a fome, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 11, mesmo em tempos de desastres naturais ou não (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1999).

O conceito sobre o direito de alimentação ampliou-se com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em 1966, que entrou em vigor no Brasil, pelo Decreto nº 591, de 6 de junho de 1992. Dispõe o artigo 11 do PIDESC:

> 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:
>
> a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Dada a disposição de preservar o direito humano à alimentação, o Brasil consolidou-o na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, II estabelecendo o dever, nas relações internacionais, de reger-se pelo princípio da supremacia dos direitos humanos. Para assegurar a execução do direito humano à alimentação adequada o Estado brasileiro inseriu por meio da Emenda Constitucional nº 64 de 2010, a alimentação como um direito social, fixando no artigo 6º da Constituição Federal:

> 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 desta Constituição.

Portanto, a relevância das políticas públicas relacionadas a alimentação saudável, passam a ser de interesse público nacional, devendo ser concretizadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em planejamentos necessários do Estado e igualmente deveres de proteção.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral nº 12 (referente ao direito à alimentação adequada), afirma que o direito à alimentação adequada é indivisível e inter-relacionado à dignidade inerente da pessoa humana e indispensável para o cumprimento dos demais direitos humanos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos. Esse direito também é inseparável da justiça social, requerendo adoção de adequadas políticas econômicas, sociais e ambientais, em âmbito nacional e internacional, orientadas para a erradicação da pobreza, e para o pleno exercício de todos os direitos humanos. (PIOVESAN, 2007, p. 32)

O direito à alimentação não encontra amparo somente em documentos internacionais. No Brasil, a Constituição da República de 1988 "surge como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos, estando em absoluta consonância com a concepção contemporânea de direitos humanos" (PIOVESAN, 2007, p. 35).

Não obstante, no centro do status constitucional, o direito à alimentação saudável suscitou o direito do cidadão de requerer o cumprimento das políticas públicas agroambientais de acesso ao uso da terra para produção de alimentos, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pleitear a extensão destas para caucionar o direito a adotação de políticas para produção de gêneros alimentícios que abonem o uso sustentável do solo, atestando a qualidade da produção, conservação do meio ambiente e benefícios na condição de vida da população, ainda que prioritariamente as de baixa renda.

Os direitos humanos não se diferenciam dos direitos fundamentais. Os direitos humanos são direitos da pessoa humana reconhecidos pelas normas de Direito Internacional em vigor (por normas de costume, de tratados ou por princípios de Direito Internacional); ao passo que os direitos fundamentais são direitos previstos na Constituição (podendo estes conceber-se como processo jurídico de institucionalização daqueles), estando necessariamente configurados e limitados pela Constituição (sistema de direitos fundamentais). José Melo Alexandrino (2011, p. 36-37),

A Lei Orgânica para Segurança Alimentar (LOSAN), criada em setembro de 2006 demonstra a relevância da temática seja na efetivação das disposições constitucionais que asseguram direito à alimentação adequada e à saúde. Em 15 de dezembro de 2006 foi promulgada a lei nº 11.346/2006 que estabelece o Sistema Nacional de Segurança Alimentar (SISAN) com o intuito de perfilar as diretrizes constitucionais acerca da alimentação simultaneamente com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Em 25 de agosto de 2010 foi publicado o Decreto nº 7272, que regulamentou a Lei nº 11.346, instituindo a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), objetivando a promoção da segurança alimentar e nutricional. bem como. o direito humano à alimentação adequada, em todo o território nacional. Entre os objetivos estabelecidos na Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, destaca-se a responsabilidade das políticas públicas apresentarem detalhadamente a dimensão ambiental e os caminhos para caucionar a implementação dessas determinações no processo estrutural de segurança alimentar e nutricional, conforme determina o artigo 4º, III:

> III – promover sistemas sustentáveis de base agroecológica, de produção e distribuição de alimentos que respeitem a biodiversidade e fortaleçam a agricultura familiar, os povos indígenas e as comunidades tradicionais e que assegurem o consumo e o acesso a alimentação adequada e saudável, respeitada a diversidade da cultura alimentar nacional;

Desde 2017, com a assinatura da revisão do projeto, foi lançada uma nova fase do projeto Iniciativa América Latina e Caribe sem Fome 2025, que trabalha a partir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da perspectiva de contribuir para a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) e erradicar a pobreza na população mais vulnerável nos países selecionados, favorecendo a restauração das condições de desastre ou ameaças à segurança alimentar e nutricional.

Em 2019, com a nova revisão o projeto estendeu suas atividades até 31 de dezembro de 2022. Desta forma, foram incluídas atividades regionais que serão executadas ao longo do projeto.

3 O PAPEL DA FAO NA AGRICULTURA SUSTENTÁVEL FAMILIAR BRASILEIRA

O conceito de agricultura sustentável compreende aspectos sociais, ambientais, econômicos e políticos, e analisando sua complexidade, a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO) definiu-a como:

> Agricultura sustentável é o manejo e a conservação da base de recursos naturais e a orientação tecnológica e institucional, de maneira a assegurar a obtenção e a satisfação contínua das necessidades humanas para as gerações presentes e futuras. Tal desenvolvimento sustentável (agricultura, exploração florestal e pesca) resulta na conservação do solo, da água e dos recursos genéticos animais e vegetais, além de não degradar o ambiente, ser tecnicamente apropriado, economicamente viável e socialmente aceitável8.

Dado este conceito de agricultura sustentável, que revela a importância econômica da atividade e o manejo dirigente dos recursos naturais é que a agricultura familiar se torne o mecanismo essencial de operacionalização deste conhecimento, porquanto insere seus aspectos socioculturais, que ficaram em segundo plano pela agricultura tradicional. A agricultura familiar tem por objetivo distribuir renda aqueles que por tempos encontravam-se em desvantagem diante dos grandes produtores, ampliando a quantidade de pessoas na linha da miséria em tal grau no campo como nas grandes metrópoles.

Por meio da agricultura sustentável familiar, é exequível a comercialização de produtos orgânicos, que representam um mercado em propagação no Brasil e no mundo. Nas grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, a formação de direito de laje para fins de agricultura familiar seria uma alternativa saudável e viável, desde que o governo adote políticas de incremento a tal prática, para, conforme ocorre em outros países, como a Itália, a comunidade passe a produzir parte de seus alimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4 POLÍTICAS PÚBLICAS AGROPECUÁRIAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS

Solucionar a questão da necessidade alimentar necessita de uma tarefa intersetorial e de apoio a políticas agroambientais que pretenda compor um exímio uso do espaço terrestre e marinho. Não obstante, que permita cumprir as necessidades de alimentos em uma região aonde a população humana cresceu exponencialmente nas últimas décadas.

Alguns poucos países na América Latina têm políticas e estratégias deste gênero. Entretanto, existem experiências em países como o Brasil, a Colômbia, o Chile, o México e a Nicarágua que tiveram um impacto otimista e podem ser exemplos para outras nações.

A análise realizada sobre Políticas Agroambientais no Brasil tem como escopo aduzir as políticas sobre esta matéria no país, partindo de questões como as condições atuais, a quem são destinadas, seu trabalho e alguns resultados.

Os prejuízos ambientais causados pelo paradigma da agricultura predominante no Brasil, em tal grau pelo desmatamento causado pela ampliação das fronteiras agrícolas, como pela contágio dos solos e águas através do uso exagerado e descontrolado de agrotóxicos, remontam das décadas de 1960 e 1970, quando foi difundido no Brasil o protótipo de produção fundamentado na monocultura, na mecanização agrícola e na alta utilização de insumos químicos, além da implantação de programas governamentais de incitamento à ocupação do território nacional, com evidência para a ampliação da fronteira agrícola nas regiões Centro Oeste e Norte.

A partir de 2003, foi verificado um aumento significativo da participação do país na FAO, reflexo da mudança da política nacional que anteriormente era predominantemente neoliberal, baseada em uma mercantilização estrutural que dominava as operações econômicas concernentes ao comércio de matéria-prima e alimentos. O desenvolvimento de uma democracia social no Brasil demonstra a relação direta, já aqui assinalada, entre participação política e soberania alimentar, que também foi refletida na sua política externa, redirecionada para abordar os princípios de participação, intersetorialidade e abrangência.

Países como Nicarágua, Chile, Colômbia, México e Brasil recentemente realizaram estudos, analisaram e coparticiparam entre si relatos de êxito em políticas agroambientais para a segurança alimentar e o combate à fome por meio de pesquisas científicas nacionais. O escopo foi debater e aprofundar a análise dessas políticas nos países da América Latina e Caribe mediante o intercâmbio de informação e de tecnologia.

Foram gerados cinco estudos que passaram por um debate e uma avaliação crítica durante encontros e conferências com a participação e a contribuição de representantes do governo, setor privado, organizações comunitárias indígenas e de agricultores e associações civis que trabalham com o tema agricultura familiar sustentável, produtos agrícolas e florestais, entidades de pesquisa científica e universidades.

A criação de espaços de diálogos com diferentes atores como organismos internacionais, governos, setor privado e academia e, sobretudo, com a sociedade civil é especialmente importante para superar os problemas de pobreza, fome e má nutrição que enfrentam os países latino-americanos. Além disso, gerar estes espaços facilita a participação ativa, principalmente das organizações da sociedade civil, na elaboração, gestão e avaliação de políticas públicas de desenvolvimento rural e segurança alimentar na região.

Neste contexto, o fortalecimento do diálogo entre FAO, Governo Brasileiro e Sociedade Civil por meio diálogos nacionais e regionais está centrada na perspectiva da construção de políticas públicas participativas para a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) e a agricultura familiar, com a finalidade de gerar ou acompanhar agendas de trabalho público-privada.

Além disso, permite a aproximação de atores sociais no nível político, inclusive de parlamentares envolvidos com o tema, como os integrantes da Frente Parlamentar contra a Fome. Estes diálogos possibilitam a troca de experiências de sucesso e relevantes sobre SAN e agricultura familiar e envolvem basicamente regiões que necessitam sobretudo de implementação de políticas públicas agroambientais.

5 FAO E RELAÇÃO COM O BRASIL NO CONTEXTO ATUAL

Dado o escopo de acompanhar a perenidade do processo de diálogo político entre Brasil e FAO, o momento atual caracteriza-se pela intensa dificuldade de o governo brasileiro manter uma relação sadia com a organização conforme ressalta Jamil Chade, colunista do site UOL:

Hoje, o Brasil soma a segunda maior dívida de um país com a FAO, superado apenas pelos EUA. Em 2020, nenhum centavo foi depositado nas contas da entidade. No total, segundo os documentos oficiais, o Itamaraty deve US$ 4,4 milhões e 7,1 milhões de euros em relação às contribuições obrigatórias que deveriam ter sido pagas em 2019. O dinheiro financia as atividades da entidade que serve como principal braço da ONU na luta contra a fome no mundo. Somando os pagamentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de 2020, que tampouco foram realizados, o Brasil deve US$ 12,4 milhões e outros 12,7 milhões de euros.

Para equilibrar entre as diferentes moedas, o orçamento da FAO é dividido em euros e dólares, O Brasil só não deve mais que os EUA, com um buraco de US$ 19 milhões e 26 milhões de euros. A diferença, porém, é que a contribuição brasileira para a entidade é apenas uma fração do que os americanos teriam de destinar. Um ano depois da conclusão do mandato de quase uma década do brasileiro José Graziano da Silva no comando da FAO, o Brasil faz parte de uma vergonhosa lista de cerca de 50 países que não enviaram sua parcela de dinheiro para a entidade em 2020. A lista, porém, é formada quase que exclusivamente por países extremamente pobres da África, além de Venezuela e Irã.

O problema não se limita à FAO. Rejeitando o multilateralismo, o Brasil deixou de pagar as organizações internacionais. Se os problemas de contribuição já existiam no governo de Dilma Rousseff, eles explodiram sob a gestão de Ernesto Araújo. Na ONU, o Brasil também soma a segunda maior dívida do mundo com a entidade. Araújo, que vem solicitando que diplomatas saiam em busca de seus feitos em um ano e meio para tentar se manter no cargo, tem assustado a comunidade internacional com seu tom radical no combate ao comunismo, insinuando que são essas entidades internacionais que estariam na liderança de uma agenda progressista ameaçadora para os interesses nacionais. O resultado é a inesperada aliança do Brasil a países como a Arábia Saudita em temas como direito das mulheres e gênero.

A modificação da política econômico-social brasileira atual não acompanhou a mutação da concepção do direito à alimentação adequada promovida pela FAO nos anos 80, que deriva de uma complexa situação jurídica subjetiva, relacionando-se diretamente com outros direitos humanos que permitem a autodeterminação do ser humano, na perspectiva do princípio dignidade da pessoa humana insculpido na Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Embora a FAO tenha começado a atuar no Brasil desde a sua criação em 1949, os maiores resultados na redução da pobreza e da fome foram obtidos apenas décadas depois, enquanto houve uma alteração na política nacional, de modo que o mercado deixou de ser o fim da política alimentícia para transformar-se em meio de realização da segurança alimentar nacional, superando-se o modelo neoliberal.

Tal autodeterminação igualmente possui uma extensão coletiva, relacionada diretamente com uma efetiva democracia social em que é necessário capacitar os cidadãos para realizar escolhas e para compor um processo alimentar que reflete os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

valores democráticos que devem manter a sociedade e economia, de maneira a renunciar uma supremacia tecnocrata mercantil, para aforar as necessidades do povo e da terra, com valores humanos focados na alacridade e sustentabilidade, nos quais conhecimento e envolvimento são uniformemente importantes em tal grau quanto efetividade, custo, lucros e rendimento.

O ensaio brasileiro adquirido com o êxito dos programas nacionais redefiniu seu relacionamento com a FAO, que assumiu uma perspectiva de recíproca cooperação, superando a separação doador-receptor de amparo internacional. O país deixou de ser mero foco de auxílio, invertendo o preamar unilateral de políticas e ações que eram provenientes apenas da FAO, para desempenhar uma função de liderança internacional na materialização do direito humano internacional à alimentação necessária.

As políticas e programas elaborados pela FAO para o Brasil deixaram de ser pioneiras e assumiram um caráter de complementaridade às iniciativas já elaboradas pelo governo nacional. Esta sincronia e participação já demonstram resultados concretos, mediante projetos e programas que buscam o resgate à territorialidade, promovendo o crescimento das populações rurais, permitindo a pluralidade de modelos produtivos sacrificados pela globalização do mercado, preservando a conjugação inter políticas que visam o desenvolvimento sustentável agroalimentar local e nacional e a responsabilidade de colaboração internacional para efetivar tais fins.

Portanto, necessária é a perenidade da cooperação da FAO e do governo brasileiro, mas imprescindível é a ampliação desta relação de maneira a introduzir instituições parceiras de diferentes tipos: movimentos sociais, ONGs, universidades, Ministério Público, Defensoria Pública, para que seja construída e consolidada uma rede sistêmica que articula o direito humano internacional à alimentação adequada com outros direitos fundamentais, na perspectiva da exigibilidade e justiciabilidade social coma a efetivação de políticas públicas agroambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSA. Disponível em <http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2015/03/21/crisi-coldiretti-46-italiani-nellorto-boom-tragiovani_295a23f6-977e-4b6f-bb1a-41f3121bacfb.html>. Acesso em 07 jul 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 jul 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei n 11.346 de 15 de dezembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346>. Acesso em 07 jul 2020.

Brasil não depositou um centavo sequer à FAO em 2020 e tem 2ª maior dívida. Disponível em em: <http//noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/07/03/brasil-nao-depositou-um-centavo-sequer-a-fao-em-2020-e-tem-2-maior-divida.htm>.Acesso em 07 jul 2020.

CONTI, Irio Luiz (Coord.). Direito Humano à Alimentação Adequada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17-48.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, Paris, 1948 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 07 jul 2020.

DIREITO APLICADO AO AGRONEGÓCIO:UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR BRASIL. Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010. Regulamenta a lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN.

FAO, citado por EHLERS, E. Agricultura Sustentável: origens e perspectivas de um novo paradigma. 2.ed. São Paulo: Livraria e Editora Agropecuária,1999.

FAO. Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. Disponível em: <www.fao.org/about/pt>. Acesso em 07 jul 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: direitos reais/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 13. Ed. ver., ampl. E atual. – Salvador: Editora: JusPodivm, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Curso de direito ambiental brasileiro.12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORO, Eduardo João. Entre a agricultura convencional e a agroecologia: alianças e interfaces na pesquisa agrícola e na extensão rural de Santa Catarina. Tese (doutorado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 91-2. Disponível em: <www.repositorio.ufsc.br>. Acesso em 07 jul 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo de San Salvador, San Salvador, 1998. Disponível em: <

http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em 07 jul 2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <www.onu.org.br>. Acesso em 07 jul 2020.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In: PIOVESAN, Flávia;

POPPER, Karl. La società aperta e i suoi nemici, Armando Editore, Roma, 2004.

PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.).Direito Humano à Alimentação Adequada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 123-139.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito real de laje: criado pela lei 13.465 de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em 07 jul 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Glossary, Disponível em <http://www.who.int/trade/glossary/>. Acesso em 07 jul 2020.

ZIMMERMANN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SÚMULA 397 DO STF.

DAVIDSON DANIEL LEAL

RESUMO: o presente estudo tem como escopo trazer à baila discussão jurídica acerca da súmula 397 do STF, perquirindo-se a sua eventual superação, a sua aplicação nos tribunais, e o contexto histórico em que foi criada. Demais disso , este artigo se propõe a analisar se o referido enunciado sumular não macula as atribuições dos órgãos previstos no artigo 144 da Constituição Federal, notadamente a Polícia Federal e as Polícias Civis estaduais. Por fim, o presente artigo também busca questionar se o supramencionado verbete viola ou não o princípio da "separação dos Poderes".

PALAVRAS-CHAVE- súmula 397 do STF. Separação de Poderes. Segurança Pública. Polícia Legislativa.

ABSTRACT- This study aims to make a legal reflection on the Supreme Court 397, asking if it is outdated, how the courts apply it, and its origin. In addition, the article proposes to analyze whether this precedent does not affect the attributions of the organs provided for in article 144 of the Federal Constitution, notably the Federal Police and the state Civil Police, and if, in fact, its normative provision is justified before the principle of "separation of powers".

KEYWORDS- 397 of the Supreme Court. Separation of Powers. Public security. Legislative Police.

INTRODUÇÃO

É notório, no meio jurídico, a discussão sobre os limites de cada "Poder " em um Estado Democrático de Direito. A partir dessa constatação, e se observando as recente operação feita pela Polícia Federal no Congresso Nacional, denominada "Operação Desintegração", que começou em 2017,e que teve como alvos principais o líder do governo no Senado, Fernando Bezerra Coelho (MDB-PE), e o filho dele, o deputado Fernando Coelho Filho (DEM-PE), discute-se sobre a legitimidade ou não das polícias legislativas elaborarem inquérito policial nas dependências das Casas Legislativas.

A partir do episódio supramencionado, e tendo em vista a celeuma jurídica existente sobre a superação ou não da súmula 397 do STF, notadamente porque foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

elaborada durante o Regime Militar (1964), faz-se oportuno ponderá-la ,tendo como norte a Carta Magna de 1988.

BREVE HISTÓRICO DA "SEPARAÇÃO DOS PODERES"

Não há uniformidade doutrinária acerca do surgimento do modelo de repartição de funções dos poderes. É possível afirmar, porém, que grande parcela dos estudiosos apontam que o modelo da "separação de Poderes" atual remete a estudos teóricos da " *Trias Politica*, que é um modelo de governar cuja criação é proveniente da Grécia Antiga, ou mesmo foi delineada por Aristóteles, em sua obra "A Política".

Fixado tal ponto histórico, é oportuno tecer que a ideia de separação de poderes tem como antecedente histórico determinante o surgimento do Estado Liberal. De fato, em um Estado Absolutista não há que se falar em divisão de Poderes, visto que a onipresença e supremacia estatal se impõem de modo praticamente ilimitado. Esta conjuntura de Estado, embora não haja unanimidade quanto à definição do momento exato , durou até por volta do século XIX, derrocado principalmente pela influência dos ideais iluministas na sociedade.

Partindo-se desse contexto ,é possível afirmar que o embasamento fundamental da da repartição de funções entre os poderes advém do modelo de Estado Liberal. Neste, refuta-se a figura de um líder central e absoluto. Dentro dessa perspectiva, é possível afirmar, não se descurando da divergência jurídica, que que o princípio da "separação de Poderes", nos moldes atuais foram estabelecidos por *Montesquieu,* em sua obra "O Príncipe".

Neste arranjo político proposto pelo citado filósofo , a soberania do Estado, embora una, encontra-se repartida entre poderes constitucionalmente estabelecidos,e cada um destes (Legislativo ,Executivo e Judiciário) exerce funções típicas. No Brasil, a separação de poderes está prevista no artigo 2º da Carta Magna.

ATUAÇÃO DAS POLÍCIAS LEGISLATIVAS E LEGITIMIDADE DA ELABORAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS NO ÂMBITO DAS CASAS LEGISLATIVAS

Estabelecida a breve retórica histórica sobre a separação de função entre os poderes, é pertinente apontar que o primeiro texto constitucional brasileiro a prever que o Legislativo tinha poder de polícia próprio foi a Constituição do Império do Brasil (de 25 de marco de 1824). Esta Carta Maior apontava que o Senado era dotado desta prerrogativa, e isto, precisamente, em seu art. 21.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Posto mais essa referência histórica, é de bom alvitre pontuar que a súmula 397 do STF foi confeccionada no dia 03 de abril de 1964, quatro dias após, portanto, do início do regime militar.Nesse contexto , sua elaboração foi fundamentada para resguardar o princípio da "separação dos poderes", que estava declinado, à época, no art.36 da Constituição Federal de 1946.

Trazendo à baila a atual Constituição Federal(1988), tem-se que os artigos 51, IV, e 52, XIII asseguram às casas legislativas a possibilidade de instituírem e regularizarem suas polícias.Com base nessa previsão constitucional, o Senado Federal , por meio da Resolução 59/02 dispôs, sobretudo nos artigos 2 º, IX, e 4º, sobre as atribuições da Polícia Legislativa no referido órgão. Na mesma linha,a Câmara dos Deputados,em seu Regimento Interno (Res. no 17, de 1989) ,tratou da questao atinente ao funcionamento e atribuicoes da Polícia Legislativa de sua Casa, especialmente nos arts. 267 e ss.

Ante tais apontamento, percebe-se que, conquanto haja instrumentos normativos regularizando às atribuições das polícias legislativas, e se tenha previsão constitucional para que estas sejam instituídas, a Carta Magna não dispôs, expressamente, sobre a possibilidade de ser confeccionado inquérito policial no âmbito das casas legislativas.

Dentro desse cenário, parte da doutrina e da jurisprudência vêm afirmando que a súmula 397 do STF encontra-se superada, pois, cabe à Polícia Federal a investigação e formulação de inquéritos policiais quando de crimes praticados no âmbito do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. Para os defensores deste posicionamento, argumenta-se que a Polícia legislativa não consta no art. 144 da CFRB/88, sendo que apenas a Polícia Federal, a Polícia Civil, a Polícia Militar e as Forças Armadas (estas duas últimas, exclusivamente, para os crimes ditos militares) possuem funções investigatórias.

Para a citada corrente doutrinária, com assento na CFRB/88, a Polícia Federal é quem possui atribuição para “apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas(art. 144,I, E § 1º, I E IV, da CFRB/88) , o que inclui a confecção de inquéritos policiais no seio das Casas Legislativas

A partir dessa perspectiva,como o Senado Federal e a Câmara dos Deputados são órgãos da União, incabível que a polícia legislativa , sem atribuição investigatória delineada na Constituição Federal, elabore inquérito policial sobre os crimes cometidos em suas dependências.

Aplicando tal entendimento , tem-se como exemplo a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1 º Região, no processo de Mandado de Segurança nº. 0005585-43.2015.4.01.0000. Neste acórdão emblemático, o apontado tribunal asseverou que os atos de investigação para apuração de supostos delitos cometidos no âmbito do Senado Federal não constituem exclusividade da Polícia daquela Casa Legislativa.

Explicou o referido Tribunal que o artigo 144, inc. IV,do § 1º, da CFRB/88, dispõe expressamente que compete à Polícia Federal, com exclusividade, o exercício das funções de polícia judiciária da União, assim,inafastável a conclusão que eventual exceção a essa norma apenas pode ser admitida se prevista também na própria Constituição.

Lado outro, para os que defendem a plena validade da súmula 397 do STF, entendimento que, ao que parece, predomina, o retromencionado enunciado sumular não macula as atribuições da Polícia Federal, mas sim, representa uma disposição vinculante (art.927, IV, CPC-15) que assegura a plenitude da independência do Legislativo.

Nessa toada, consoante os defensores da validade da súmula 397 do STF, este verbete resguarda o princípio da separação de poderes- que é cláusula pétrea(art.60, § 4º,III,CFRB/88)-,impedindo ingerências indevidas do Executivo ("Poder" em que se encontram as Polícias Judiciárias) sobre o Legislativo.

CONCLUSÃO

Percebida a celeuma jurídica em relação à superação ou não da súmula 397 do Supremo Tribunal Federal, e isto ocorre, sobretudo, em face do momento histórico em que ela foi elaborada e do tempo que já transcorreu de sua elaboração, faz-se oportuno que a Corte Suprema se manifeste sobre o tema.

Nesta linha,é importante que o STF, no intuito de por fim ao tratado debate jurídico, manifeste-se, de forma vinculada, acerca da validade ou não do apontado enunciado sumular, através, por exemplo, de enunciado de súmula vinculante (art. 103-A da CFRB/88).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva,2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2010 p. 174;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

Novelino, Marcelo,Editora Elsevier/Método, 9ª Ed. 2014, São Paulo.

Lenza Pedro, Direito Constitucional Esquematizado,2020, Editora Saraiva,São Paulo.

http://www.senado.gov.br/senado/spol/asp/APS_Competencias.asp, acesso em 29.05.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20/05/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AS SOCIEDADES LIMITADAS E A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 81/20 DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO

FILIPE ALVES DE LIMA COSTA: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Pós Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente artigo trata da Instrução Normativa nº 81/2020 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Indústria e de seus aspectos polêmicos em relação as Sociedades Limitadas no contexto surgido com a Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica.

Palavras chave. Direito Empresarial. Lei de Liberdade Econômica. Registro Empresarial. Instrução Normativa nº 81/20. DREI. Quotas preferenciais nas Sociedades Limitadas.

Introdução ao Tema

A regulamentação legal das Sociedades limitadas no Brasil remete à edição do Decreto nº 3.708/1919, chamada *Lei das Limitadas*. Com efeito, trata-se de um tipo societário relativamente tardio cujos pilares marcantes são a responsabilidade limitada dos sócios e a contratualidade justamente pelo fato de sua concepção ter sido idealizada com o escopo de atender aos desejos/necessidades de pequenos e médios empreendedores, possibilitando o benefício da separação patrimonial – e com isso a limitação do fator risco do empreendimento – entre os bens sociais e os pessoais daqueles que viessem a institui-la.

Com o Código Civil de 2002 e a tentativa de unificação do Direito Privado, esse tipo Societário veio a ser disciplinado em capítulo próprio daquele diploma entre os artigos 1.052 a 1.087. Se, por um lado, a atual disposição das limitadas buscou superar antigos problemas acerca da insuficiência da regulamentação anterior, por outro, promoveu-se uma aproximação das limitadas mais ligadas à aspectos burocratizantes das sociedades anônimas[1].

A bem da verdade, o anseio real era de que a dita aproximação se desse em outro sentido, qual seja: a de conferir às limitadas a possibilidade expressa de utilização de estruturas e/ou tecnologias societárias otimizantes.

A importância e interesse por essa espécie societária ultrapassa o estudo meramente acadêmico na medida em que as limitadas são com larga e absoluta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vantagem o tipo societário mais escolhido por aqueles que se lançam ao exercício regular da atividade empresarial.

Assim, a forma de intervenção legislativa sobre o assunto tem o condão de ocasionar impactos positivos ou negativos na economia do país, tendo a atuação do DREI importantes implicações no dia-dia desse e dos demais tipos societários.

Desenvolvimento

2.1 A Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica e a Empresa.

É indissociável ao entendimento da Instrução Normativa nº 81/2020 do DREI a remissão ao marco legal propulsor das mudanças desburocratizantes que esse ato busca implementar, fruto da atual política econômica governamental que culminou na Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

Com efeito, a dita lei tem o papel contrapor e relembrar aos operadores do Direito e, porque não, a cultura jurídica como um todo que, muito embora a leitura civil-constitucional dos institutos de direito privado possibilite a repressão de condutas abusivas dos agentes privados, a aplicação dos institutos não deve afastar de outros valores iguais e constitucionalmente garantidos como a livre-iniciativa, a autonomia privada e a subsidiariedade estatal na intervenção do domínio econômico[2].

Aliais, quando se recorre a funcionalização do direito privado, especialmente quanto a releitura dos institutos civilistas como forma de reafirmação de valores constitucionalmente garantidos, na prática, constata-se que a construção doutrinária serve muitas vezes como *topói* apto a justificar a intervenção desmedida nas relações privadas[3] nos âmbitos legislativo, administrativo e, principalmente, judicial.

Contudo, há de se lembrar que a dita funcionalização significa a utilização de institutos permeadas por fins maiores, quais sejam, fins relativos ao atingimento de valores constitucionalmente estabelecidos[4].

Nesse sentido, a Lei da Liberdade Econômica visa resgatar o prestígio que o Constituinte Originário conferiu à livre iniciativa, à propriedade, ao papel de agente de fomento conferido ao Estado e a autonomia privada, adotando como princípios ou diretrizes fundamentais a liberdade do exercício das atividades econômicas, a boa-fé do particular perante o poder público, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante aquele.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E por que então mencionar a ideia de funcionalização no âmbito da atividade empresarial? Simplesmente em razão da tão presente "deliberada cegueira" quanto ao papel fundamental conferido à empresa na sociedade, cumprindo sua função quando tem aptidão de gerar lucros aos seus sócios, possibilitando, de igual forma, a satisfação do interesse arrecadatório da Fazenda, bem como a conservação dos interesses dos trabalhadores, dentre outros. É dizer-se que a empresa cumpre sua função social, ainda que de forma difusa, quando individualmente contribui para o aumento do nível de bem estar social, maximizando sua utilidade.

É no contexto de reconhecimento da importância conferida à atividade empresarial e da necessidade de criação de um ambiente favorável para a consecução de das finalidades daquela, de maneira a fomentar um ciclo virtuoso de livre mercado, que a Lei da Liberdade Econômica está inserida.

2.2 As Sociedades Limitadas e a IN 81/20 do DREI

Dentro desse contexto, é que o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) editou a Instrução Normativa nº 81 de 10 de junho de 2020. Da leitura do referido ato administrativo regulamentar, verifica-se louvável tentativa de atender antigas demandas do mercado, das Juntas Comerciais e de modernização das relações por ela regidas. Trata-se de instrução calcada em três diretrizes, quais sejam: a simplificação, a desburocratização e a uniformização.

Em decorrência disso, foram consolidados em um único ato normativo regras sobre o registro empresarial, revogando 56 normas anteriores, sendo 44 instruções normativas e 12 ofícios circulares. Com isso, além de buscar facilitar o acesso à informação e uniformizar as orientações a serem adotadas pelas Juntas Comerciais nos Estados, também se preocupou com autorização expressa de procedimentos menos dispendiosos aos particulares.

Dentre as alterações, podem ser indicadas como as mais relevantes: i) a revisão e simplificação de atos normativos, ii) mudanças no registro do nome empresarial, iii) possibilidade de transformação de associações e cooperativas em sociedades empresariais, iv) desnecessidade de reconhecimento de firma, v) integralização do capital da EIRELI, vi) ampliação do registro automático e o vii) reconhecimento da instituição de quotas preferenciais nas limitadas.

No que diz respeito a relação da IN 81 e as sociedades limitadas**,** entende-se que o principal e mais polêmico item do citado ato regulamentar fora a possibilidade expressa de se instituir no âmbito daquele tipo societário quotas de classes distintas segundo dispuserem os sócios no contrato social, tal qual como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ocorre nas sociedades anônimas. A regência supletiva das limitadas pelas normas da S/A – Lei nº 6.404/76 – pode ser tanto expressa quanto presumida[5].

Favoravelmente à alteração, pode-se argumentar que o art. 1.055 do Código Civil claramente permite a existência de quotas do capital social ao mencionar que elas serão iguais ou desiguais, sem especificar quais limitações de direitos, sejam eles políticos ou econômicos. Nesse trilhar, resta evidente que não há vedação expressa na legislação que, por exemplo, a restrinja a possibilidade de quotas sem direito de voto. Desfeita, prestigia-se a autonomia privada e a liberdade contratual.

No âmbito privado, nunca é demais esquecer a lição no sentido de que o que não está proibido é passível de ser regulado pela autonomia das partes contratantes, eis que não se visualiza qualquer lesão à norma de ordem pública quando da restrição de direitos disponíveis dos sócios ao resolverem instituir uma LTDA com quotas desiguais.

Nesse mister, também é importante mencionar que as quotas preferenciais sem direito à voto não serão consideradas para fins de contabilização dos quóruns de instalação e deliberação previstos no Código Civil, o que, de certa forma, simplifica o tão confuso e intricado tratamento legal na matéria.

Em sentido contrário, argumenta-se que a Instrução Normativa teria ido além do caráter meramente regulamentar e imprimiu inovação normativa através de ato infralegal. E por tal razão, poderá a alteração desaguar na litigiosidade no âmbito societário já que o CC/02, por exemplo, ao tratar das deliberações sociais faz referência ao capital social, e não "ao capital votante".

Outras alterações de interesse das limitadas com relação mais íntima a diretriz da desburocratização de procedimentos e, via de consequência, da redução de custos ao empreendedor são a necessidade de apenas 03 publicações para convocação dos sócios em órgão oficial e/ou jornal de grande circulação e a facilitação da cessão de quotas na medida em que não se exige a confecção de instrumento público para tanto.

Conclusão

Pode-se concluir que a Instrução Normativa nº 81/20 do DREI representa uma decorrência lógica de um movimento iniciado com a Lei de Liberdade Econômica, tendo como pano de fundo político-econômico a busca por eficiência econômica por meio da desburocratização para o exercício da atividade empresarial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As sociedades limitadas demanda, enquanto tipo societário que representa mais de 90% dos registros empresariais, especial atenção nesse ponto.

A modernização desse tipo societário, conferindo tecnologias ou institutos jurídicos que permitam a maximização da utilidade da pessoa jurídica e, igualmente, a adoção de medidas regulatórias que importem em redução dos custos operacionais é um movimento necessário à superação dos entraves e ao fomento econômico, fazendo com que, de fato, exista um ambiente favorável para que a limitada possa cumprir a sua função social.

Nesse diapasão, muitas vezes se esquece que a sociedade limitada tem como base um contrato que dispõe sobre direitos patrimoniais. Assim, deve ser dado aos seus instituidores a faculdade de se utilizar dos instrumentos legais que agreguem dinamicidade ao negócio, possibilitando maiores chances de sucesso do empreendimento.

E nesse contexto que, em que pese eventual crítica, a INº 81/2020 representa importante avanço na simplificação e fomento das limitadas, agregando mais utilidade a esse tipo societário.

Referências

HUPSEL, Felipe Teixeira. **Aplicabilidade de práticas e mecanismos de governança corporativa ao perfil típico das sociedades limitadas.** Disponível em http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1968/FELIPE%20TEIXEIRA%20HUPSEL%20DE%20AZEVEDO_Trabalho.pdf?sequence=1, acesso em 05.07.2020.

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. ***Hermenêutica pro Libertatem***. In: Comentários a Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/ coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito. 2ª ed**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

NOTAS:

[1] "(...) Ao contrário dos dispositivos previstos no Decreto nº 3.708, o atual regime jurídico aplicável às sociedades limitadas, trazido pelo Código Civil, notabiliza-se,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segundo os críticos do atual regime, por sua estrutura mais complexa e por possuir um maior número de regras e procedimentos que devem ser observados pelos sóciosdas limitadas, reduzindo-lhes a liberdade contratual mencionada acima, tornando as sociedades limitadas mais burocráticas e complexas e aumentando seus custos operacionais e de manutenção em comparação comas antigas sociedades por quotas de responsabilidade limitada". HUPSEL, Felipe Teixeira. ***Aplicabilidade de práticas e mecanismos de governança corporativa ao perfil típico das sociedades limitadas.*** Disponível em http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1968/FELIPE%20TEIXEIRA%20HUPSEL%20DE%20AZEVEDO_Trabalho.pdf?sequence=1, acesso em 05.07.2020.

[2] "(...) A positivação da regra da interpretação *pro libertatem* é assim uma forma de tentar mitigar o desrespeito à livre-iniciativa, ao contrato e à propriedade, cuja proteção existe muito mais na lei escrita que no direito efetivamente praticado no País. Por um lado, busca "lembrar" que mesmo a constituição prevê a liberdade de iniciativa como um de seus fundamentos; por outro, por ser voltada nesse contexto às atividades econômicas privadas, determina que nessas se privilegie a escolha dos objetivos particulares, deixando objetivos públicos para a esfera pública e permitindo que o direito privado se torne mais privado". ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. ***Hermenêutica pro Libertatem.*** In: Comentários a Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/ coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pag. 21.

[3] A dita intervenção desmedida do Estado é alvo de contundente crítica por parte de Coase, para quem: "(...) A questão sobre a eventual existência de uma presunção de necessidade intervenção governamental, quando se observa uma 'externalidade', depende das condições de custo na economia em questão" e continua o autor "(...) os estudos realizados nos Estados Unidos em anos recentes sobre os efeitos da regulação, que abordam desde a atividade agrícola até o zoneamento, e que indicaram que a regulação em geral piorou a situação, apoiam esse ponto de vista". COASE, Ronald H. *A Firma, o Mercado e o Direito.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 27/28.

[4] SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 204.

[5] É o que se conclui da leitura do item 5.3 do Anexo da IN 81/20 no capítulo concernente às limitadas, senão vejamos:

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:

I - poderá ser prevista de forma expressa; ou

II - **presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais como:**

a) quotas em tesouraria;

b) quotas preferenciais;

c) conselho de administração; e

d) conselho fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS DE BEITZ E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

MARIA DO CARMO GOULART MARTINS SETENTA: Mestra em direitos humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Rede Laureate International Universities (UniRitter), Defensora Pública Federal desde 2009, atualmente lotada na Defensoria Pública da União em Salvador/BA.

Resumo: O autor Charles R. Beitz elaborou uma teoria dos direitos humanos a partir da ideia de que tais direitos são uma prática global, definindo-os como um conjunto de normas que devem regular o comportamento dos Estados, e cujo descumprimento é motivo de preocupação internacional. Essa visão dos direitos humanos pode ser associada ao mecanismo do controle de convencionalidade, que consiste em compatibilizar as normas do ordenamento jurídico interno com os tratados internacionais de direitos humanos, de modo a garantir uma maior efetividade a tais direitos, especialmente, em âmbito interno.

Palavras-chave: Teoria dos direitos humanos. Controle de convencionalidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Sumário: 1. Introdução – 2. A ideia de direitos humanos de Beitz – 3. O controle de convencionalidade – 4. Considerações Finais – 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Na obra uma ideia dos direitos humanos de Charles R. Beitz (BEITZ, 2012) o autor propõe a elaboração de uma teoria política contemporânea para explicar e justificar a prática dos direitos humanos, tendo como característica central a análise de como essa concepção de direitos humanos se relaciona com a prática internacional desses direitos. O objetivo central do autor é reconstruir a ideia de direitos humanos que está implícita nessa prática.

Segundo Beitz, as visões tradicionais e distorcidas dos direitos humanos colaboraram para o crescimento do ceticismo, pois se identificam muitas divergências entre a teoria e a prática.

Beitz reconhece um duplo desafio em elaborar uma teoria dos direitos humanos consistente em não apenas clarificar o significado e os fundamentos desses direitos, mas elucidar as distintas formas de colocá-los em relação razoável com valores políticos que podem ser conflitantes como aqueles relacionados à tolerância, à identidade cultural e ao autogoverno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O autor adota uma concepção institucional dos direitos humanos ao compreender que a função central desses direitos é trazer exigências que pesam sobre os Estados e cujo descumprimento é motivo de preocupação internacional.

O presente estudo busca associar essa visão prática na conceituação dos direitos humanos ao mecanismo de controle jurisdicional de convencionalidade das leis proposto por Valerio de Oliveira Mazzuoli. Segundo Mazzuoli (2016), tal controle consiste na "compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado" e é uma obrigação fundamentada nos artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Busca-se compreender se a associação da teoria dos direitos humanos de Beitz ao mecanismo do controle de convencionalidade pode garantir uma maior efetivação dos direitos humanos em âmbito interno.

2. A ideia de direitos humanos de Beitz

O conceito de direitos humanos é objeto de estudo de muitos teóricos e filósofos não só no campo jurídico[1]. Charles Beitz, um dos teóricos políticos contemporâneos de maior importância, traz relevante contribuição à teoria dos direitos humanos na obra *La idea de derechos humanos* (2012).

O desenvolvimento de sua teoria está embasado em duas observações: a de que os direitos humanos se tornaram uma elaborada prática internacional e na constatação de que o discurso e a prática dos direitos humanos podem gerar o que ele chamou de ceticismo paralisante.

A referida prática internacional se desenvolveu ao longo dos anos, desde a Segunda Guerra Mundial, de várias formas e por meio do direito internacional, das instituições globais e regionais de proteção e das numerosas organizações não governamentais (ONGs), por exemplo. Já o ceticismo paralisante é identificado pelo menosprezo dos direitos humanos como fundamentos para a ação política e pode ser identificado, por exemplo, pela imprecisão a respeito da quantidade de interesses protegidos pelos direitos humanos, pela dificuldade de a doutrina contemporânea compreender os direitos humanos como universais em um sentido significativo, bem como em razão dos custos potenciais de atuar de maneira consistente na proteção desses direitos frente às suas violações.

Para o autor, o que contribui para o crescimento do ceticismo são as visões tradicionais e distorcidas dos direitos humanos, pois se identificam muitas divergências entre a teoria e a prática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essas visões tradicionais e equivocadas são a naturalista e a contratualista. Segundo a teoria naturalista, os direitos humanos herdam suas principais características dos direitos naturais e, resumidamente, consistiriam em direitos possuídos por todos os seres humanos em razão da sua humanidade. O principal problema ressaltado por Beitz dessa visão naturalista seria o não enquadramento de diversos direitos humanos já consagrados na prática internacional, a exemplo dos direitos econômicos e sociais, que envolvem um conjunto específico de sociedades, detentoras de um sistema jurídico mínimo, com desenvolvimento de trabalho e economia, bem como de instituições com a finalidade de prover bens coletivos essenciais.

A teoria contratualista, por sua vez, dá um passo à frente e não apenas reflete sobre a natureza e as circunstâncias da vida, mas propõe uma análise sobre a diversidade social e jurídica para conceituar os direitos humanos como sendo as normas que são ou poderiam ser objeto de um acordo intelectual entre os membros de culturas cujos valores morais e políticos são diferentes. Esse acordo pode ser entendido de diversas maneiras, o autor analisa duas delas. A primeira, que ele denomina de "núcleo comum", compreende que os direitos humanos seriam o núcleo de direitos básicos comuns a todas as culturas, consistiriam num mínimo denominador comum. Uma segunda forma de entender esse acordo intelectual se daria por meio de um "consenso sobreposto", a partir do qual direitos humanos seriam um conjunto de normas globais comuns que serviriam de intepretação para que qualquer cultura as pudessem aceitar segundo suas próprias doutrinas religiosas, filosóficas e morais.

À semelhança da teoria naturalista, a concepção contratualista, para Beitz, traz inaceitáveis limitações ao conceito de direitos humanos, na medida em que são direitos humanos somente aqueles acordados ou compartilhados por todas as sociedades.

Beitz, então, propõe um enfoque diferente, que ele descreve como sendo prático, pois parte da observação de que os direitos humanos são uma prática global e, como um primeiro conceito, define direitos humanos como um conjunto de normas que regula o comportamento dos Estados, associado a um conjunto de modos ou estratégias de ação capazes de agir naquelas situações em que constatadas violações a esses direitos. Os direitos humanos, portanto, são diretrizes para as instituições domésticas, cuja satisfação é de interesse internacional.

Nesse ponto, identificamos uma estreita ligação entre essa compreensão dos direitos humanos e o mecanismo do controle de convencionalidade, que, em última análise, promove a responsabilização dos Estados por violações a direitos humanos

previstos nos tratados e convenções internacionais dos quais seja signatário e, mais, em sua vertente difusa, protege e promove tais direitos sem a intervenção direta das Cortes Internacionais, conforme será explanado a seguir.

3. Controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade é definido por Sidney Guerra como um novo dispositivo jurídico fiscalizador que promove duplo controle de verticalidade, significa dizer que as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição – controle de constitucionalidade –, quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país: controle de convencionalidade (GUERRA, 2013).

Sobre o assunto, é importante esclarecer que existem dois modelos de controle de convencionalidade das leis: um internacional, levado a efeito, de modo coadjuvante ou complementar, pelas cortes internacionais e outro, interno, manejado pelos juízes e tribunais nacionais em primeiro plano. O autor Valerio Mazzuoli propõe estudo inédito sobre o segundo modelo, exatamente por ser prioritário e exercido de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, com a interpretação (se eventualmente existente) que deles faz a Corte Interamericana de Direitos Humaod, segundo sempre o princípio *pro homine* de solução de antinomias, ou seja, aplicando, no caso concreto, a norma mais benéfica ao ser humano sujeito de direitos (MAZZUOLI, 2016).

O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que é formado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, na Costa Rica, e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, nos Estados Unidos da América.

Enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, segunda corte especializada em direitos humanos – a primeira foi a corte europeia – é o órgão judicial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e desempenha as funções consultiva[2] e contenciosa[3], a Comissão tem a competência, nos termos do artigo 44, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) para receber as petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado Parte.

O Brasil incorporou definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto Presidencial nº 678, de 11/11/1992 e, em 10/12/1998, depositou, junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), nota reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violações de direitos humanos e obrigando-se, assim, a implementar suas decisões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O tratado conhecido como Pacto de San José da Costa Rica é hoje o principal diploma de proteção dos direitos humanos nas Américas em razão de sua abrangência geográfica, que atinge vinte e quatro Estados, pelo catálogo de direitos civis e políticos que ostenta e pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados (RAMOS, 2016). É dele que se extrai o fundamento para o controle de convencionalidade, mais especificamente dos artigos 1º e 2º, que estabelecem:

> Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos
>
> 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
>
> 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 1 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.

Significa dizer que a prática dos direitos humanos, especialmente as decisões e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro do sistema regional de direitos humanos, pode servir de parâmetro para aferir a validade de uma norma jurídica em âmbito interno. A maior efetividade dos direitos humanos estaria no reconhecimento de que é dever do Estado signatário dos tratados de direitos humanos garantir sua aplicação, bem como a compatibilização de seu ordenamento jurídico àqueles preceitos.

Enquanto o controle de constitucionalidade é aquele em que se afere a compatibilidade vertical entre a lei e as normas constitucionais, o controle de convencionalidade avalia a compatibilização vertical das leis com os tratados de direitos humanos vigentes no país, situação que ganha especial relevância na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

hipótese de determinada norma adequar-se aos preceitos constitucionais, mas mostrar-se incompatível com o texto de algum tratado internacional de direitos humanos.

À semelhança do controle de constitucionalidade, o de convencionalidade pode efetivar-se por via difusa, ou seja, em âmbito interno, pelos tribunais pátrios, quando avaliam a compatibilidade das normas tanto com a constituição, quanto com os tratados e convenções internacionais. É nesse aspecto que associar o conceito de direitos humanos de Beitz como uma prática internacional torna-se inovador, no sentido de proporcionar, em âmbito interno, ou seja, sem a interferência ou atuação direta das Cortes Internacionais, maior promoção e proteção aos direitos humanos.

4. Considerações Finais

Com o objetivo de afastar o ceticismo em relação aos direitos humanos, provocado, em grande medida, pelas teorias naturalista e contratualista, que trazem inaceitáveis limitações ao conceito de direitos humanos, Beitz propõe uma teoria política contemporânea cuja principal característica é aferir como a concepção de direitos humanos se relaciona com a prática internacional desses direitos.

Partindo dessa análise, Beitz define direitos humanos como um conjunto de normas que regula o comportamento dos Estados, associado a um conjunto de modos ou estratégias de ação capazes de agir em situações de violações a esses direitos. Os direitos humanos, portanto, são diretrizes para as instituições domésticas, cuja satisfação é de interesse internacional.

É exatamente em âmbito internacional que se formam as bases do controle de convencionalidade, pois se trata de mecanismo que promove a compatibilização das normas domésticas aos tratados e convenções internacionais. Tal compatibilização se dá tanto na responsabilização do Estado brasileiro por violações a direitos previstos nos documentos internacionais dos quais seja signatário, ou seja, em processos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto, em âmbito interno, quando os juízes domésticos deixam de aplicar normas incompatíveis com os tratados e convenções internacionais. A aplicação do controle de convencionalidade traz, portanto, dupla aferição para as normas jurídicas, que passam a ser avaliadas constitucionalmente e convencionalmente.

Dessa forma, o caminho inverso, proposto por Beitz, na conceituação dos direitos humanos0 não a partir de parâmetros pré-definidos, como os propostos pelas tradicionais concepções naturalistas e contratualistas, mas tendo por base a prática internacional já consolidada dos direitos humanos, à exemplo do sistema regional americano de direitos humanos, pode levar a uma maior efetivação desses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direitos em âmbito interno por meio do controle de convencionalidade pela via difusa, ocasião em que uma violação de direitos humanos pode ser evitada mediante o reconhecimento da invalidade da norma por incompatibilidade frente a um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil.

5. Referências

BEITZ, Charles. **La idea de los derechos humanos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DULCE, María José Fariñas. Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica. Derechos y libertades: **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, año 3, n. 6, 1998, p.355-376. Disponível em:<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1343#preview>. Acesso em: 30 jul. 2020.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAREKH, Serena. **Hannah Arendt and the challenge of modernity**: a phenomenology of Human Rights. New York: Routledge, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, jun. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 30 jul. 2020.

NOTAS:

[1] A exemplo de Hannah Arendt (PAREKH, 2018), Boaventura de Sousa Santos (1997) e María José Fariñas Dulce (1998).

[2] Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigo 64:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

[3] Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigos 63 e artigos 66 a 69.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MEDICINA LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

THOMAZ DANIEL DE OLIVEIRA

LAYLA ANDRESSA MATOS DE LARA[1]

(autoras)

RESUMO: A busca pela verdade real, escopo preservado pelo Direito Processual Penal, auxiliada pelo desenvolvimento técnico científico tem caminhado à melhor exatidão conclusiva acerca da autoria e da materialidade de uma infração penal. Neste cenário a Medicina Legal auxilia aos aplicadores do direito na busca pela verdade real, confirmando sua inexorável importância no campo do Direito Penal. Assim, o desenvolvimento desta pesquisa cujo tema discorre sobre a Medicina legal no ordenamento jurídico e sua aplicabilidade no Direito Processual Penal, tem como objetivo compreender o papel da Medicina Legal no Direito Processual Penal a partir do levantamento bibliográfico e da contemplação do Código de Processo Penal. A justificativa para a sua elaboração está pautada na relevância que a prova pericial possui para o processo penal. Evidencia-se com este estudo o peso das provas periciais no processo penal por sua materialidade e pela cientificidade na demonstração da veracidade dos fatos, confirmando sua indispensabilidade no alcance do desfecho processual.

Palavras-chave: Medicina Legal. Direito processual penal. Perícia criminal.

ABSTRACT: The search for the real truth, a scope preserved by Criminal Procedural Law, aided by scientific technical development has been based on the best conclusive accuracy regarding the authorship and materiality of a criminal offense. In this scenario Legal Medicine assists law enforcers in the quest for the real truth, confirming their inexorable importance in the field of Criminal Law. Thus, the development of this research whose theme discusses legal medicine in the legal order and its applicability in Criminal Procedure Law, aims to understand the role of Legal Medicine in Criminal Procedure Law from the bibliographic survey and contemplation of the Code of Criminal Procedure. The justification for its elaboration is based on the relevance that the expert evidence has for the criminal process. This study shows the weight of the expert evidence in the criminal process due to its materiality and the scientificity in demonstrating the truthfulness of the facts, confirming its indispensability in achieving the procedural outcome.

Keywords: Legal Medicine. Criminal Procedural Law. Criminal proficiency.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1.1. PROBLEMA DE PESQUISA. 1.2. JUSTIFICATIVA. 1.3. OBJETIVOS. 1.3.1. Objetivo geral. 1.3.2. Objetivos Específicos. 1.4. Metodologia. 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA. 2.1. CAPÍTULO 1 – MEDICINA LEGAL. 2.1.1. Conceituação e abrangência da Medicina Legal. 2.1.2. Breve histórico e formação dos pilares da Medicina Legal. 2.1.2.1. Histórico da Medicina Legal no Brasil. 2.1.3. A Medicina Legal na ótica doutrinária. 2.2. CAPÍTULO 2 – DIREITO PROCESSUAL PENAL. 2.2.1. O Processo Penal Brasileiro. 2.2.2. Os sistemas processuais brasileiros. 2.2.2.1. Sistema processual penal acusatório. 2.2.2.2. Sistema processual penal inquisitório. 2.2.2.3. Sistema processual penal misto. 2.2.3. As provas no processo penal. 2.3. CAPÍTULO 3 – MEDICINA LEGAL E AS PROVAS PERICIAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL. 2.3.1. A perícia no âmbito do processo penal. 2.3.1.1 A perícia criminal como meio de prova no processo penal.2.3.2. Valoração da prova pericial. 2.3.2.1 Das modalidades de perícias e os exames periciais no processo penal. 2.3.3 A importância da prova pericial no processo penal. 3. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal tem como premissa a averiguação acerca de um suposto fato que, em tese, é delituoso e para o qual busca-se conferir a solução mais justa possível, aproximando-se da verdade real. Contudo, é certo que não se pressupõe uma verdade absoluta que, como destaca a doutrina, é inatingível.

Embora a verdade no âmbito processual se apresente relativizada, esta constatação não implica a conclusão que frente a inexequibilidade em se atingir uma verdade absoluta deva o processo prescindir de sua busca. Neste sentido, afirmam os doutrinadores que tanto seria injusto o processo que busque uma verdade absoluta como seria arbitrário um processo que não se comprometa com a pretensão da verdade, tornando-se substancial para o correto acertamento do fato, implicado no processo, a produção e valoração de provas.

A busca pela verdade real, escopo preservado pelo Direito Processual Penal, auxiliada pelo desenvolvimento técnico científico tem caminhado à melhor exatidão conclusiva acerca da autoria e da materialidade de uma infração penal. Neste cenário a Medicina Legal auxilia aos aplicadores do direito na busca pela verdade real, confirmando sua inexorável importância no campo do Direito Penal.

Assim exposto, o desenvolvimento desta pesquisa tem como objetivo compreender o papel da Medicina Legal no Direito Processual Penal a partir do levantamento bibliográfico e da contemplação do Código de Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este trabalho será apresentado em três capítulos sendo que no primeiro capítulo se aborda a Medicina Legal, seu conceito e abrangência, apresentando um breve histórico e a ótica doutrinária acerca de sua aplicação jurídica. No segundo capítulo apresenta-se uma explanação acerca do Direito Processual Penal, descrevendo o processo penal brasileiro, os sistemas processuais e o papel das provas no processo penal. O terceiro capítulo destinou-se ao apontamento da atuação da Medicina legal e das provas periciais no âmbito do processo penal, descrevendo a perícia criminal como meio de prova e de sua valoração, além de abordar algumas modalidades de perícias e exames periciais utilizados no processo penal.

1.1 PROBLEMA DE PESQUISA

A Medicina Legal e as provas periciais denotam significativo papel no Direito Processual Penal?

1.2 JUSTIFICATIVA

As provas periciais e a Medicina Legal atuam de maneira relevante no direito processual penal despertando grandioso o interesse no âmbito jurídico, na sociedade e na garantia dos direitos do acusado contribuindo efetivamente na elucidação da atividade criminosa e, é nessa premissa que se pauta a justificativa para a elaboração deste trabalho.

Por conseguinte, justifica-se a elaboração de trabalhos voltados à conscientização de estudiosos do Direito e das Ciências Jurídicas e Criminais à valia da aplicabilidade da Medicina Legal ao Direito, destacadamente ao Direito Processual Penal, e à evidência da contribuição da Perícia Médica Científica nesta seara.

Notoriamente o perito médico-legal atua como um servidor da Justiça e do Direito exercendo vultuosamente a responsabilidade que lhe foi confiada. A natureza técnica da Medicina Legal contribui para diversas áreas, porém, é imperiosa para ao magistrado visto sua substancialidade na decisão sentencial.

Dos resultados obtidos através da realização das perícias médico-legais dependem diferentes questões, relacionadas à honra e a liberdade e as imposições da sociedade junto a Justiça. Assim, sob diversas faces se torna inquestionável a importância da Medicina Legal de maneira que a ausência de sua contribuição ao Direito Processual Penal pode suscitar o enfraquecimento na prática da Justiça.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Compreender o papel da Medicina Legal no Direito Processual Penal.

1.3.2 Objetivos específicos

Conhecer a abrangência da Medicina Legal e a ótica doutrinária acerca desta ciência.

Analisar a atuação da perícia no âmbito do processo penal.

Compreender a importância da perícia como meio de prova no processo penal.

1.4 METODOLOGIA

Em relação aos procedimentos metodológicos utilizados caracteriza-se este trabalho como pesquisa bibliográfica e documental de tipo exploratório com abordagem qualitativa do tema com análise explicativa.

A partir do levantamento bibliográfico, buscou-se descrever a Medicina Legal na ótica doutrinária e no bojo do direito processual penal, evidenciando o sentido das perícias e de sua relevância para a elucidação de crimes e obtenção da verdade real.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 CAPÍTULO 1 – MEDICINA LEGAL

2.1.1 Conceituação e abrangência da Medicina Legal

A Medicina Legal não se constitui em uma área da Medicina, ela se constitui na justaposição de conhecimentos médicos à investigação de fatos que serão apreciados juridicamente.

Na concepção de Genival de França (2008, p.1) a Medicina Legal ao aplicar o conhecimento dos diversos ramos da medicina às rogativas do Direito deve ser compreendida como uma ciência resultante da soma de todas as especialidades médicas ampliada por fragmentos de outras ciências complementares, destacando-se entre elas a ciência do Direito.

Para Freire (2009, p. 3) no Brasil a Medicina Legal se insere como uma visão ampliada e complexa que envolve todo e qualquer ato médico praticado ao ensejo da formulação de documento que se concretize em uma prova com a finalidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se buscar a verdade e orientar um julgador, permeando processos nas diferentes áreas do Direito.

Segundo Ambroise Pare, cirurgião francês do século XVI aclamado pela França como o pai da Medicina Forense conceituou a Medicina Legal como a aplicação dos conhecimentos médicos aos problemas judiciais (CROCE e CROCE JR, 2009, p.7).

De acordo com o médico brasileiro Flaminio Fávero (1991, p. 10) Medicina Legal é a aplicação dos conhecimentos médico-biológicos na elaboração e execução das leis que dela carecem.

Corrobora o Mestre Genival Veloso de França:

> É a contribuição da medicina, da tecnologia e ciências afins às questões do Direito, na elaboração das leis, na administração judiciária e na consolidação da doutrina (FRANÇA, 2008, p 1).

Conforme Gomes (2004, p. 18) compreende o conjunto de conhecimentos médicos e paramédicos destinados a servir ao direito, colaborando na elaboração, na interpretação e na execução dos dispositivos legais no seu campo de ação de medicina aplicada.

É a ciência médica aplicada ao Direito, tratando-se, portanto, do emprego de técnicas e procedimentos científicos médicos e afins para elucidação de casos do interesse da Justiça (CARDOSO, 2009, p.3).

Ainda que não haja aquiescência acerca do conceito de Medicina Legal e diversas sejam suas definições, todas a concebem como uma área científica que integra o ilustrado por diferentes Ciências, assegurando essa coleção de aprendizados ao Direito e à Justiça.

2.1.2 Breve histórico e formação dos pilares da Medicina Legal

Do desenvolvimento da Medicina Legal referiu Nerio Rojas apud Fávero (1991, p. 63) que “se a saúde física da sociedade desenvolveu a higiene e a medicina social, sua saúde moral que tem na justiça uma de suas bases mais sólidas, desenvolveu a Medicina Legal”.

À compreensão magistral da Medicina Legal requer conhecer seu histórico, pois sua importância está fundamentada em sua própria História. O delineamento da Medicina Legal desdobra-se na antiguidade, quando prenunciou-se a estreita relação entre Medicina e Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aponta Gomes (2004, p. 18) que os primeiros indícios datam de 1700 a.C. com o Código de Hamurabi gravadas em monólito que contendo cerca de 282 parágrafos regulamenta a prática da medicina e da odontologia na Babilônia. O Código de Hamurabi, a mais antiga legislação penal registrada e trazia em seu cerne normas que abalizam a relação entre Direito e Medicina.

Na Índia, o Código de Manu, proibia que crianças, velhos, embriagados, débeis mentais e loucos fossem ouvidos como testemunhas. Concebia pensamentos acerca de valores como verdade, justiça e respeito, determinando que somente homens dignos de confiança, isentos de cobiça poderiam ser escolhidos para testemunhas de fatos levados a juízo, sendo tal missão vedada para as castas inferiores (GOMES, 2004, p.18).

A primeira ocorrência documental de necropsia foi em 44 a.C, tratando-se da tanatoscopia realizada no imperador romano Caio Júlio César. O exame foi realizado por Antitius, médico amigo do imperador, que constatou 23 golpes de arma branca sendo que apenas um foi mortal (CROCE e CROCE JUNIOR, 2009, p. 6).

No período que compreende 483 a 565 d.C os médicos são reconhecidos como testemunhas especiais por Justiniano, contudo os juízes não tinham a obrigação de ouvi-los. Entre 742 a 814 Carlos Magno orienta aos juízes que ouçam os médicos em casos de lesão corporal, infanticídio, suicídio, estupro, entre outros (FRANÇA, 2008, p. 19).

Descrevem Croce e Croce Junior (2009, p. 6) que em 1248 o livro chinês *Hsi Duan Yu* de *Song Si*, cujo significado é Casos coletados de retificação de injustiças, combinava casos envolvendo ciência forense com suas próprias experiências. Se constitui no primeiro registro da aplicação dos saberes médicos na resolução de um crime.

Em 1374 o Papa Gregório XI assenta à Faculdade de Medicina de Montpellier a primeira liberação para a realização de necropsias com a finalidade de serem realizados estudos anatômicos e clínicos. Anteriormente as necropsias eram realizadas de forma clandestinas. Em 1532 a promulgação da *Constitutio Criminalis* Carolina, expedida pelo imperador alemão Carlos V, autoriza a necropsia forense. Discorrendo sobre os temas médicos legais previa a obrigatoriedade de se ouvir médicos antes de se pronunciar a sentença. Essa legislação criminalista concedeu à Alemanha o título de berço da Medicina Legal (GOMES, 2004, p. 19).

Aponta Gomes (2004, p. 20) que em 1813 o professor espanhol de medicina e química forense na Universidade de paris Mathiew Orfila publicou *traile des Poisons Tires* de *Regnes* Mineral, Vegetal *et* Animal, ou Toxicologia Geral sendo considerado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o pai da toxicologia moderna, trazendo ainda, valiosa contribuição para o desenvolvimento de testes para a constatação da presença de sangue em um contexto forense sendo também o primeiro a utilizar o microscópio para análise de amostras de sangue e sêmen. A Medicina Legal foi apontada por Orfila no ano de 1823 como o ramo da ciência médica voltada à justiça, tratando das causas levadas aos tribunais.

2.1.2.1 Histórico da Medicina Legal no Brasil

Descreve Gomes (2004, p. 22) que os estudos da Medicina Legal no Brasil começaram tardiamente comparado a Europa, aparecendo os primeiros registros médico legais no país somente no fim da era colonial. O autor explica, ainda, que a primeira publicação documental médico-legal ocorreu em 1814, fase em que se consolida a medicina legal no Brasil, porém do período colonial até o ano de 1877 o Brasil utilizava-se dos conhecimentos estrangeiros de Medicina Legal.

Segundo França (2008, p.6) a atividade médico-legal no Brasil foi regulamentada pelo Decreto nº 1746, de 16 de abril de 1856, tendo sido criada a Assessoria Médico legal junto à Secretaria de Polícia da Corte, incumbida de realizar os exames de corpo de delito e todos os exames necessários para a averiguação de crimes e de fatos suspeitos.

Para que a demanda dos exames a serem realizados fosse atendida, neste ano de 1856 formou-se o primeiro necrotério do Rio de Janeiro no depósito de mortos de Gamboa (GOMES, 2008, p. 23).

Orienta Hercules (2008, p. 20) que foi no ano de 1877 que Agostinho de Souza Lima ao assumir o ensino prático da disciplina na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. Mesmo sem possuir conhecimento na área jurídica, interpretou a legislação brasileira à ótica dos conhecimentos médico-legais daquele ciclo, o que lhe concedeu o atributo de pioneiro em Medicina legal no país.

Agostinho de Souza Lima defendia o que chamava de “confraternização” entre a Medicina e o Direito e em 1879 ministrou o primeiro curso de tanatologia forense no necrotério oficial do Rio de Janeiro (FAVERO, 1991, p. 65).

Alvitrada por Rui Barbosa perante a Câmara dos Deputados em 1891, a disciplina de Medicina Legal passa a ser obrigatória nos cursos de Direito. Em 1895, fase de desenvolvimento e consolidação nacionalista da Medicina Legal. ocorre a posse de Raimundo Nina Rodrigues, entusiasta das propostas de Medicina Legal do italiano Cesare Lombroso, como catedrático de Medicina Legal da Faculdade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Medicina da Bahia e foi o responsável pela introdução no Brasil da antropologia criminal, da antropometria e da frenologia (ALMEIDA, ET Al, 1979, p.13).

Explicam Alcântara Machado e Fávero (1929, p. 5) que Nina Rodrigues foi o responsável pela aproximação da Medicina Legal as Ciências Sociais e que com os resultados de suas pesquisas apresentou a proposta de reformulação do conceito de responsabilidade penal sugerindo a reforma dos exames médicos legais.

Considerado o maior professor de Medicina Legal do século XIX, Nina Rodrigues foi pioneiro na assistência médico-legal a pacientes com doença mental defendendo a perícia psiquiátrica nos manicômios e nos tribunais, destacando-se na Psiquiatria Forense e na Antropologia Criminal (ALCÂNTARA MACHADO e FAVERO, 1929, p.5).

Aponta Gomes (2004, p. 24) que em 1902 Afrânio Peixoto intervém junto ao Governo Federal para que seja publicado o Decreto 4864 de 15 de junho de 1903, determinando normas detalhadas para a descrição e conclusão das perícias médicas.

Conforme Almeida (et al, 1979, p. 14) a Lei Maximiliano de 18 de março de 1915 legitima as aulas práticas nas Faculdades de Medicina e atesta a validade jurídica dos laudos elaborados. Contudo, seguem os autores, foi Oscar Freire que em 1918 ao trazer os ensinamentos de Nina Rodrigues para a Faculdade de Medicina e Cirurgia de São Paulo, que por intermédio da atividade docente de pesquisa pericial com laudos médico-legais tidos como modelos até os dias atuais, que marcou a Medicina Legal como autêntica especialidade médica no Brasil.

Os laudos periciais reconhecidos juridicamente levam a transformação do Serviço Médico Legal em Instituto Médico Legal em 1924, subordinando-se diretamente ao Ministério da Justiça até o final do governo do então Presidente Washington Luís, quando voltou a ser subordinado ao chefe de polícia do Distrito Federal (GOMES, 2004, p.24).

Com a formulação do Código de Processo Penal em 03 de outubro de 1941, vigente até os dias de hoje, as perícias médicas passaram a ser realizadas somente por peritos oficiais. Em 20 de outubro de 1967 fundou-se a Associação Brasileira de Medicina Legal contribuindo para que fosse atualmente reconhecida como especialidade médica pelo Conselho Federal de Medicina, pela Associação Médica Brasileira e pela Comissão Nacional de Residência Médica do Ministério de Educação (HÉRCULES, 2008, P. 22).

Assim, todo o percurso histórico da Medicina Legal no Brasil e no mundo a tornou objeto substancial aos desígnios jurídicos e jurisdicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1.3 A Medicina Legal na ótica Doutrinária

A Medicina Legal e o Direito são dois institutos substanciais na sociedade moderna que no percurso histórico construíram sua autonomia e forte interrelação. Essa característica se torna mais visível na Ciência Forense, quando essas duas formas de conhecimento passam a interagir.

Explana Gomes (2004, p. 25) que a Medicina Legal vinculada ao Direito se caracteriza em uma disciplina de grande abrangência que trata as informações a serviço do ordenamento jurídico com elevado teor científico.

Orienta Gomes que:

> Sendo o Direito uma ciência humana, é preciso, em primeiro lugar, que o profissional do Direito tenha bom conhecimento do que é o ser humano em sua totalidade. [...] Para isto, não é necessário que possua o saber de um profissional da área biomédica, mas tem que conhecer as bases daquela unidade (GOMES, 2004, p. 25).

Segundo Corrêa Junior (2009, p. 45) que o Ordenamento Jurídico não pode menosprezar os pareceres efetuados pela Medicina Legal uma vez que estes podem contribuir no parecer judicial, seja punindo inocentes ou inocentando culpados.

A Medicina Legal contribui para que se encontre a verdade postulada ao aplicar técnicas e métodos exatos e sofisticados utilizando valores do conhecimento médico na interpretação investigatória (FRANÇA, 2008, p. 1)

Na ótica de Maranhão (2002, p.25) a Medicina Legal é a ciência auxiliar do Direito a medida que norteia aos aplicadores do Direito e aos julgadores na interpretação de determinadas infrações penais. No Direito Penal e Processual Penal apresenta importância inabalável trazendo para a seara criminal considerações que a Doutrina por si só não poderia.

A medicina legal, desta forma, é considerada por França (2008, p. 2) uma disciplina eminentemente jurídica ainda que traga subsídios da Medicina e de outras ciências biológicas. Criada frente as necessidades do Direito é, portanto, uma especialidade jurídica.

O Direito constituído compreende uma norma já estabelecida, contudo, sua efetividade por diversas vezes carece de exame específico para que seja aplicado.

Assim, aplica-se o Direito constituendo que se relaciona ao auxílio da Ciência Médica (MARANHÃO, 2002, p.25).

O Código Processual Penal Brasileiro determina em seu Título VII tipos de provas e como deve atuar o Magistrado em situação probatória específica, prevendo este diploma legal incidência da Medicina Legal:

> Artigo 155 - 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.
>
> Artigo 158 – Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (BRASIL, 1941).

Todo delito produz vestígios e as perícias são realizadas sobre estes vestígios. Desta forma a perícia médico-legal se configura em elemento técnico de elevado prestígio para que o Magistrado tenha convicção de seus vereditos, porém, possui a necessidade de ser corretamente interpretada à luz dos conhecimentos científicos forenses e aplicada dentro dos dispositivos legais (CARDOSO, 2009, P.10).

Importante lembrar que no Brasil o Ordenamento Jurídico adota o sistema do livre convencimento, existindo a liberdade de julgar sem que haja a necessidade de se apegar cegamente às provas. Entretanto, no curso do processo um momento relevante é a instrução, pois é neste momento que as partes trazem a juízo elementos que podem influenciar os julgadores, e pareceres como os periciais poderão produzir um estado de convicção ao Magistrado a respeito da decisão judicial a ser aplicada (MIRABETTE, 2000, p. 355).

2.2 CAPÍTULO 2 – DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.2.1 O Processo Penal Brasileiro

Direito Processual Penal é o ramo do ordenamento jurídico encarregado de definir as normas de aplicação do Direito Penal, determinando um processo ético e civilizado ao indivíduo que tenha cometido uma ação considerada criminosa (BOTELHO, 2011, p. 2).

Para Mirabette (2000, p. 23) o Direito Processual Penal se consagra em uma ciência autônoma na esfera dogmática jurídica já que possui objetivos e princípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que lhes são peculiares. Tem por finalidade realizar a pretensão punitiva decorrente do exercício de um ilícito penal, em outras palavras, a aplicação do Direito Penal. De caráter instrumental, é o mecanismo pelo qual se faz atuar o direito material penal efetivando a função deste de prevenir e represar infrações penais.

Como bem coloca Nogueira (2003, p. 29) sendo a vida em sociedade somente possível com a estipulação de regras de condutas que devem ser obrigatoriamente seguidas para haver convívio pacífico entre todos cabe ao Direito executar a tarefa de possibilitar a convivência humana e estabelecendo a denominada ordem social. Assim, o Direito Penal ocupa parte de um complexo: a Ordem Jurídica, tutelada pelo Estado.

A missão do Direito Penal é defender a sociedade, protegendo-a de ataques a bens jurídicos estabelecidos, ataques esses que quebram o equilíbrio social. Entretanto, não sendo o Direito Penal autoaplicável para que se efetive a sanção ele depende do Processo Penal (DIAS, 1974, p. 24).

Neste contexto, leciona Bastos (1989, p. 23) a função do Direito Processual Penal é tornar efetivo o Direito Penal de maneira que a sanção prescrita possa alcançar efetivamente o transgressor traçando assim uma mútua relação de complementaridade funcional.

Descreve Coutinho (2001, p. 13) que o Processo Penal Brasileiro é o mecanismo utilizado para a aplicação do Direito Penal, compreendendo uma coleção de normas, leis e princípios que objetivam concretizar as normas estabelecidas pelo Código Penal Brasileiro através de um ente estatal.

O Processo Penal é o dispositivo do qual o Estado se utiliza para a estruturação do litigio sobrepondo o Direito ao caso concreto e elucidando os conflitos de interesse. Ressalvando os casos em que se utilizam formas alternativas de pacificação, sem processo não há como solucionar o litigio e por essa razão é imprescindível para o resguardo da paz social (CAPEZ, 2004, p.13).

Acresce Tourinho (2013, p. 47) que o Direito Processual Penal regula a atividade tutelar do Direito Penal, é o sistema de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal.

2.2.2 Os Sistemas Processuais Brasileiros

Desde que foi promulgado em 1941 o processo penal brasileiro passou por significativas reformulações e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram inseridas garantias e direitos fundamentais do indivíduo perante o poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

punitivo monopolizado pelo Estado, passando as ser instrumento de efetivação do Direito Penal. Entre os direitos e garantias fundamentais certificadas aos indivíduos está o devido processo legal que traz a possibilidade plena do exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios ainda mais relevantes durante a produção probatória no processo penal (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 65).

Contudo, conforme Rangel (2015, p. 46) é fundamental a compreensão de que mesmo sendo o processo penal instrumento de efetivação do Direito Penal, existem diferentes formas de se aplicar esse instrumento que são derivantes do contexto político do Estado, sua característica econômica, seus interesses e principalmente seu momento histórico. O autor conceitua, então, que o sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais que conforme o momento político do Estado, estabelece diretrizes que devem ser seguidas para que se aplique o direito penal a cada caso concreto.

Na definição de Andrade (2008, p. 28) os sistemas processuais são campos criados a partir do englobamento de unidades que se inter-relacionam ao redor de uma premissa, funcionando como uma assinalação abstrata de um modelo processual penal concebidas de unidades que se relacionam e que lhe atribuem formas e características próprias. Para Andrade os sistemas processuais penais podem ser definidos como subsistemas jurídicos formados a partir da reunião, ordenada e unificada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal.

Na ótica de Marques (2003, p. 34) o processo penal deve ser concebido como instrumento hábil que confere efetividade ao direito material e que possui a capacidade de legitimar a pena imposta ao indivíduo, devendo ser norteado pelos princípios e garantias constitucionais.

Observa-se as dificuldades que a Doutrina ainda encontra em chegar a um consenso quanto ao sistema processual brasileiro, enquanto grande parte da Doutrina considera-o acusatório, outra parte considera que o sistema processual de nosso país ainda mantém traços do modelo inquisitório e uma terceira parte doutrinária defende a existência do modelo denominado sistema misto ou acusatório formal (OLIVEIRA, 2011, p.11).

Orienta Andrade (2008, p. 34) que de maneira usual a praxe doutrinária é a de separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade relacionada ao órgão de acusação, de forma que o sistema inquisitório as funções de acusação e julgamento se reúnem em uma única pessoa ou órgão, ao passo que o acusatório estes papéis se reservam a pessoas ou órgãos distintos, já o sistema misto reúne as características de ambos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2.2.1 Sistema processual penal acusatório

Segundo a orientação de Tourinho Filho (2013, p. 35) o sistema acusatório adota a forma de um modelo garantista em que o Estado se ilustra como o garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O sistema processual acusatório tem como principal característica a total separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Esta caracterização é a responsável por garantir a imparcialidade do órgão julgador já que este adota uma posição passiva frente ao litígio (OLIVEIRA, 2011, P 12).

Explica Zilli (2003, p. 34) que os processualistas, de modo geral, classificam que o traço fundamental desse sistema é a separação equilibrada de poderes exercidos ao longo da persecução penal.

Neste formato de sistema o acusado possui salvaguardadas todas as garantias constitucionais que lhes são pertinentes como o contraditório, a ampla defesa e o direito ao devido processo legal. Predominantemente ocorre liberdade de defesa e a liberdade do réu constitui a regra e apresenta a característica peculiar é o fato de que ninguém poderá ser submetido a uma ação penal sem que antes exista uma acusação, o que confere a este sistema a denominação acusatório (OLIVEIRA, 2006, p. 8).

Embora no sistema acusatório não seja permitido ao magistrado tomar qualquer iniciativa na ação seja para instaurar a ação penal ou de iniciativa probatória sua atuação apresenta a importante característica de genuíno julgador supra partes que após tomar ciência de todas as razões do acusador e da defesa de quem é acusado, decide o litigio após fazer seu juízo de valor. Essa atuação deve ser pautada na imparcialidade de forma a garantir estabilidade nas relações e equilíbrio na decisão, configurando o juiz em um sistema garantidor dos direitos de ambas as partes do processo.

2.2.2.2 Sistema processual penal inquisitório

ambém chamado de inquisitivo, o sistema processual inquisitório tipifica-se pela concentração dos poderes processuais penais em poder de um órgão único responsável por perseguir, acusar e sentenciar são funções de somente uma pessoa, habitualmente denominada inquisidor (ZILLI, 2003, p. 38).

Explica Andrade (2008, p. 455) que o sistema inquisitivo é o sistema processual penal mais antigo entre os três conhecidos, tendo surgido para salvaguardar os interesses persecutórios do poder central.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, descreve Rangel (2015. P. 50) que o surgimento do sistema inquisitório ocorreu a partir dos regimes monárquicos nos séculos XVI, XVII e XVIII, se fortalecendo com a grande influência que a Igreja Católica exercia nesses períodos, sendo o Estado – Juiz detentor do poder de acusar e julgar ferindo a imparcialidade transformando esse sistema em um marco de intolerância.

Destaca Lago (2000, p. 89) que neste sistema não se observa qualquer tipo de garantia como a ampla defesa e o contraditório, compreendendo procedimentos exclusivamente escritos e sigilosos e cabendo somente ao órgão judiciário sua utilização na realização da investigação.

O sistema processual penal inquisitório possui uma característica fundamental que se refere a gestão da prova tutelada ao magistrado sendo que a essa estrutura se reside a aparente vantagem de que ao juiz poderia haver mais facilidade de amplamente se informar sobre a verdade dos fatos totalmente relevantes, mas por outro lado tornaria seu trabalho mais fragilizado uma vez que ao afastar-se do contraditório e tendo o domínio da prova, essencialmente se guiaria pela visão que possui ou faz do fato (COUTINHO, 2001, p. 24).

Contempla Lopes Junior (2013, p. 111) que o processo penal brasileiro claramente apresenta uma matriz inquisitória e esta constatação deve ser severamente combatida dada a incompatibilidade desse sistema com o sistema de direitos e garantias individuais listados pela Constituição Federal de 1988. Ao preocupar-se somente com a busca da verdade real ignorando os meios utilizados para o alcance dessa verdade nada converge em relação às garantias constitucionais defendidas pelo genuíno Estado Democrático de Direito.

2.2.2.3 Sistema processual penal misto

O sistema processual penal misto ou acusatório formal é embasado no sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo formulado a partir do Direito Canônico e na formação dos Estados cujo o regime é absolutista (NUCCI, 2007, p. 130).

Dividido em duas fases, a fase investigatória e a fase processual, edificou-se no sistema inquisitório absolutista mantendo sua filosofia inquisitória na instrução preparatória, sob a responsabilidade de um juiz de instrução, inserindo em outro âmbito uma audiência de julgamento premiando características essenciais do sistema acusatório (RANGEL, 2015, p. 52).

Lecionam Távora e Alencar (2012, p. 41) que o sistema misto em um primeiro momento passa pela investigação preliminar, de responsabilidade da polícia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

judiciária e a instrução preparatória, de responsabilidade de um juiz instrutor. Nesta fase, segue o autor, se utiliza os elementos inquisitivos, que se desenvolve sem respeitar o princípio do contraditório e de natureza secreta e sigilosa. Em um segundo momento vem o julgamento, quando se é exercido sob a apreciação do contraditório e é ilustrado pelas propriedades do sistema acusatório, respeitando as garantias individuais e pautado no princípio da publicidade processual.

Na defesa de Coutinho (2001, p. 25) o sistema processual brasileiro vigente pauta-se no sistema inquisitivo tendo apenas sido introduzidas com o passar do tempo algumas ilustrações do sistema acusatório na fase processual, configurando assim o sistema misto.

No mesmo prisma Lopes Junior (2007, p.75) pontua que no Brasil, ainda que com esboços garantistas do processo penal trazido pela Constituição de 1988, o sistema inquisitório continua em vigor, no que tange à determinados dispositivos vigentes do Código de Processo Penal Brasileiro. Destaca Lopes Junior que um mecanismo que confere poderes instrutórios ao juiz configura uma quebra da igualdade, do contraditório e da estrutura dialética do processo fulminando, consequentemente, a garantia da imparcialidade do julgador.

O modelo de sistema processual brasileiro é retratado por muitos doutrinadores como de natureza mista com perfis acusatórios e inquisitórios quanto a atuação do juiz criminal, predominando o sistema inquisitório na fase pré processual e acusatório na fase processual sendo que o Código de Processo Penal ao atribuir determinados poderes aos magistrados caracterizam o sistema inquisitório, ao passo que a Constituição Federal adota o modelo acusatório (BARROS, 2010, P. 48).

Também Nucci (2009, p. 25) classifica que o modelo processual adotado no Brasil é o de natureza mista e sua aplicação é tutelada pelo Código de Processo Penal e leis especiais sendo retratada patentemente pelo corpo legislativo processual penal. Essa constatação é observada, conforme o autor, diariamente no âmbito forense pelas instruções de feitos e pelas soluções as causas que apresentam institutos provenientes tanto do sistema acusatório como do inquisitório. Complementa Nucci:

> Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo do sistema misto (...). O advento de um sistema acusatório puro que se afaste completamente dos resquícios do sistema inquisitório depende da edição de lei, sendo que apenas os princípios constitucionais não bastam para que se comande a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> instrução do feito desde a ocorrência do crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta realidade nos impulsiona a admitir como misto o sistema processual brasileiro, ainda que apresentando diversas falhas a serem reparadas pelo legislador (NUCCI, 2009, p. 25).

Também defendendo a adoção do modelo misto no sistema processual brasileiro, compactuando com a ótica de Nucci (op cit) e pautando-se na existência de um procedimento prévio a ação penal fortemente caracterizado pelo modelo inquisitório retratado pelo inquérito policial, exalta Tornaghi (1995, p. 58) que o Direito brasileiro adota o sistema misto uma vez que a apuração do fato e de sua autoria ocorre por intermédio do inquérito policial e o processo judiciário compreende a instrução e o julgamento.

A classificação do sistema processual brasileiro ilustra incontáveis divergências na esfera doutrinária, desta forma existem aqueles que discordam das teorias que defendem que o sistema processual brasileiro é de natureza mista como Tourinho Filho (1995, p. 70) ao lecionar que o sistema preponderante no Brasil é o acusatório já que nosso processo abre espaço ao contraditório e a acusação é de competência do Ministério Público.

Na mesma compreensão, reforça Grinover (1998, p. 67) que o inquérito policial é mero procedimento administrativo cuja finalidade é colher provas para informações acerca do fato infringente da norma e sobre sua autoria. Nesta fase não existe acusação, o indivíduo é caracterizado como indiciado e não acusado ou réu e somente após o indiciamento surge o conflito de interesses com litigantes. A autora sustenta, ainda, que não havendo contraditório os elementos probatórios pertinentes ao inquérito não poderão ser utilizados no processo, exceto quando se tratar de provas antecipadas e de natureza cautelar quando o contraditório é deferido e, além disso, os direitos fundamentais do indiciado devem ser amplamente tutelados no inquérito.

O sistema processual brasileiro é acusatório dado ao grande número de garantias asseguradas pela Carta Magna como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. O inquérito policial, ainda que com nuances inquisitórias trata-se apenas de um mecanismo prévio utilizado para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, não fazendo parte do nosso processo penal (JARDIM, 1997, p. 45).

Arrematando, o proeminente apontamento de Rangel (2015, p. 55) descreve que sendo o Brasil uma República Federativa constituída em um Estado Democrático de Direito, conforme aponta o art. 1º da Constituição da República Federativa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Brasil, não toleraria a adoção de um sistema processual que não o acusatório ao alçar o Ministério Público ao escalão de titular privativo da ação penal pública, isolando o juiz da persecução penal e garantindo a todo e qualquer cidadão que somente seja processado pelo membro do Ministério Público na figura do Promotor de justiça ou do Procurador da República com atribuição previamente determinada na lei.

2.2.3 As provas no processo penal

Abordando o significado de prova, explica Nucci (2014, p. 338) que o vocábulo prova deriva do latim "*probatio*", cujo significado é ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Assim o derivante verbo provar se configura em verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

De toda a ciência processual, a teoria da prova na ótica de Silveira (2000, p.1) é uma das mais arrebatadoras, porém a mais permeada de dúvidas e discussões. É uma ciência reconstrutiva, que demanda a contribuição de outras ciências do conhecimento cuja coleção de informações sempre se fará sujeita ao influxo do subjetivismo humano e personalizadas pelo autor da interpretação, o que impossibilita que a prova seja compreendida como um simples fenômeno jurídico e levando a sua concepção dogmática a ser estabelecida de forma multidisciplinar (SILVEIRA, 2000, p.1).

Para Dellepiane (1958, p. 20) a teoria da prova judicial é um mero capítulo da lógica aplicada associando o conhecimento da sociologia até a metafísica à alusão dos problemas.

A teoria da prova é um campo árido, submetido a seguidas interferências do intelecto humano em que os resultados conclusivos se distanciam da unanimidade, especialmente após a adoção de sistemas que contemplam a liberdade da prova (MOREU, 1955, p. 120).

Descreve Capez (2007, p.239) que se pode compreender prova como tudo aquilo que venha a contribuir para a composição do convencimento do juiz, em outras palavras, tudo aquilo que se leva ao entendimento do juiz na perspectiva de persuadi-lo da realidade dos fatos ou de um ato do processo, sendo a prova intrínseca ao exercício do direito de defesa e ação.

Quanto a finalidade da prova, leciona Bonfim (2008, p. 304) que para os fatos produzirem efeitos jurídicos é preciso que neles sejam utilizadas normas jurídicas, assim compreende-se que para que os casos produzam efeitos jurídicos existe a precisão de que os julgadores tenham conhecimento de todos os fatos inerentes ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

processo para que possam empregar a norma jurídica. O autor pontua, então, que a finalidade da prova é possibilitar ao julgador tomar conhecimento do conjunto sobre os quais fará incidir o direito.

A prova possui também um objeto, que na orientação de Rangel (2006, p. 382) é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz para que ele possa aplicar um juízo de valor. É o *thema probandum* ou os fatos sobre os quais discorre o caso penal, que serve de sustentação à imputação penal feita pelo Ministério Público, esculpindo a verdade dos fatos imputados ao réu com todas sua conjuntura.

Em um processo, tanto o autor quanto o réu apresentam argumentos que favorecem a eles próprios bem como, acontecimentos que apontem a veracidade de suas alegações. Desta forma, acabam delimitando o objeto da prova cabendo ao juiz ater-se somente a estes fatos (CAPEZ, 2007, p. 239).

Complementa Bonfim (2008, p. 305) que são as partes, por consequência, que definem essencialmente os fatos que se constituirão em objeto da prova cabendo ao juiz, ocasionalmente, somente completar o rol de provas a produzir, empregando seu poder instrutório com a finalidade de fazer respeitar o princípio da verdade real.

Ainda neste contexto, Távora e Alencar (2012, p. 25) classificam que objeto é o que fundamental deve ser conhecido e demonstrado de forma a viabilizar o julgamento existindo, porém, dois tipos de objeto: o objeto da prova que se concerne aos acontecimentos relevantes à elucidação da causa e o objeto de prova que relaciona-se ao que é meritório provar ou os elementos que a lei não desobriga de provar.

Em relação aos meios de prova, orienta Bonfim (2008, p. 308) que representa todo fato, documento ou alegação que possa ser útil de maneira direta ou indireta à busca da verdade real dentro do processo, ou seja, é o instrumento utilizado pelo juiz para elaborar sua convicção em relação aos fatos alegados pelas partes.

Leciona Avena (2014, p. 490) que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro prevê que as provas possuem como objetivo alcançar o convencimento do julgador que decidirá pela causa com seu livre convencimento, porém a produção probatória deve obedecer aos princípios da auto responsabilidade das partes; da audiência contraditória; da aquisição ou comunhão, da oralidade; da publicidade; do livre convencimento motivado e da não autoincriminação "*nemo tenetur se detegere*",

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Frente ao exposto compreende-se, então, que a prova na esfera jurídica é o mecanismo por intermédio do qual irá se obter a retratação ou veracidade dos fatos alegados no litígio judicial. A prova processual, portanto, objetiva convencer o julgador da verdade das alegações sobre fatos que em único tempo devem ser pertinentes ao objeto do processo, relevantes á solução do conflito e controversos a partir da existência de afirmações contrárias.

2.3 CAPÍTULO 3 – MEDICINA LEGAL E AS PROVAS PERICIAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.3.1 A perícia no âmbito do processo penal

A Medicina Legal é uma ciência de vastas proporções que existe e se exercita em razão das necessidades da ordem pública e social, como bem descreve Adelon (apud Moura, 1981, p. 20) é a medicina considerada suas relações com a existência das leis e a administração da justiça

Explica Estefam (2008, p. 31) que perícia é um termo derivado do latim *perítia* e destaca uma habilidade especial tratando-se de um juízo de valoração científico exercido por um especialista, sendo que só é objeto de perícia o que for considerado relevante para o embate processual.

No lecionar de Marques (2003, p. 98) a perícia se consagra na prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre as normas técnicas e sobre fatos dependentes de reconhecimento especial, é a prova técnica na medida que se deseja certificar a existência de fatos que só podem ser tidos como certos por intermédio de conhecimentos específicos.

Para Dinamarco:

> Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. Daí chamar-se perícia, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados (DINAMARCO, 2008, p. 584).

Na esfera da Medicina legal, a perícia médico-legal é aquela efetuada utilizando-se os conhecimentos das ciências médicas objetivando apurar fatos de interesse jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No conceito de Gomes (2004, p. 11) a perícia médico-legal é todo procedimento médico promovido por autoridade policial ou judiciária e praticado por profissional de Medicina alvejando esclarecer a Justiça.

Em conformidade, orienta Estefam (2008, p. 31) que a perícia médico-legal é um meio de prova peculiar em que se aplicam conhecimentos técnicos da medicina para elucidar questões concernentes a diferentes delitos como os de lesões corporais, aborto, estupro e causa mortis.

Não somente na esfera penal, mas também em outros ramos do Direito a perícia desempenha fundamental papel no auxílio processual. Sua função não é postular em favor de nenhuma das partes, nem de acusar ou inocentar, seu papel essencial é o de maneira imparcial verificar o fato e o que lhe deu causa, visando satisfazer os interesses da Justiça e se materializando em auxílio na elaboração da convicção do julgador (MOURA, 1981, p. 22).

Contudo, acrescenta Tourinho Filho (1995, p. 41) que a perícia médico-legal traz em si maior relevância à luz do Processo Penal, versando o Direito Penal sobre os bens jurídicos mais duramente tutelados pelo ordenamento jurídico. Neste contexto, Del Campo (2005, p. 92) que a relevância das perícias na esfera criminal decorre da busca pela veracidade dos fatos de forma a elucidar um crime, possibilitando ao juiz que é o destinatário das provas promover um julgamento de forma justa.

Esclarece Feitosa (2010, p. 29) que alguns tipos de crimes necessitam da realização de exames periciais para a elucidação dos fatos e aproximar-se da verdade real exigida pelo processo penal.

O processo penal abriga diferentes tipos de perícia, entretanto o legislador atribuiu maior valor ao conjunto de vestígios deixados pelo crime praticado ou corpo de delito. Assim, determina o Código de Processo Penal que todo crime que deixar vestígios é indispensável que sejam analisados (MUCCIO, 2011, p.975).

Explica Gomes Filho (2005, p. 305) que a obrigatoriedade do corpo de delito trazida pelo Código Penal Brasileiro ocorre porque tal exigência afasta ou reduz a possibilidade de aplicação de métodos de torturas na busca pela confissão do crime pelo acusado, assim como acusações sem fundamentos ou provas.

A expressão corpo de delito surgiu no direito medieval a partir da evolução da doutrina do *constare de delicto*, tendo evoluído para o conceito de corpo de delito de forma a diferenciar crimes que deixam marcas visíveis daqueles que não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

deixam, passando a ser empregado para vestígios encontrados no local da infração (MANZANO, 2011, p. 28).

No conceito de Tucci (1978, p. 204) o exame de corpo de delito é o meio de prova, prova pericial, destinada à apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e documentação imediata. Para Bonaccorso (2009, p.1) a prova pericial é uma importante arma para a reconstrução dos fatos no processo, apresentando contornos ainda maiores no processo penal sendo a modalidade de exame de corpo de delito indispensável nas infrações que deixam vestígios.

Também Greco Filho (2010, p. 207) aborda a questão do corpo de delito classificando que este deve ser realizado por perito oficial e ressalta a relevância do preparo e conhecimento deste perito tanto em sua área de atuação como na análise do vestígio encontrado para transparecer ao juiz expertise na conclusão do laudo.

A perícia traz requisito fidedigno do ocorrido no local do crime conferindo relevância e destaque à prova pericial no processo penal, apresentando cunho técnico e possibilitando a reconstituição ou demonstração real dos fatos. A contribuição da prova pericial à resolução de uma infração penal é enorme valia, fato este tão notável que o legislador brasileiro conferiu destacada relevância a realização da perícia podendo até mesmo ser considerado nulo o processo na ausência do exame pericial (MANZANO, 2011, p. 29).

2.3.1.1 A perícia criminal como meio de prova no Processo Penal

A perícia criminal está diretamente ligada a Polícia e atua em diversas áreas. Estudada por intermédio da disciplina da Criminalística, Ciência aplicada na área forense para realização do corpo de delito com o objetivo de obter prova jurídica executando os exames na vítima e pertinente a Medicina Legal, é tratada no Título VII do Código Penal Brasileiro, capítulo II, artigo 158 e seguintes (CUNICO, 2010, p.28).

Descreve Costa Filho (2012, p.22) que a perícia criminal pode ser solicitada no local onde ocorreu ou supostamente teria ocorrido um crime, sendo neste cenário que o perito criminal buscará por vestígios, indícios e provas.

Segundo orientação de Tocchetto e Espíndula (2013, p.28) as perícias criminais estão subdivididas em diversas categorias como os exames periciais em locais de crime contra a vida, exame pericial de revelação de impressões papilares e exame pericial de balística forense entre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aponta Mirabete (1999, p. 207) que o exame pericial é destinado à comprovação dos elementos objetivos do tipo que diz respeito ao evento produzido pela ação delituosa que pode ocorrer por intermédio da atuação do perito no local do crime ou através da perícia de um determinado objeto encaminhado pela autoridade policial ao perito criminal.

A prova pericial é classificada quanto ao sujeito como prova real, que se trata daquela originada dos vestígios deixados pelo crime, podendo ser direta ou indireta. A prova real direta é quando a análise é realizada sobre a própria coisa e a indireta quando se chega ao fato por intermédio de raciocínio lógico. Os operadores do direito classificam a prova pericial como importante requisito para aferição da culpabilidade do acusado uma vez que se refere a tipicidade e, consequentemente, a aspiração condenatória (RANGEL, 2013, P. 456).

Em sua abordagem quanto a prova pericial criminal Peixoto (1938, p. 152) doutrina que os erros são elementos normais e constantes dos testemunhos, não existindo nenhum absolutamente fiel e sem erros sendo o testemunho uma relação deficiente e deformada da realidade. Com esta constatação, o autor reforça a extensão da primordial contribuição da perícia criminal.

Para Capez (2003, p, 26) a perícia criminal é essencial ao processo penal em diferentes aspectos, contribuindo efetivamente para o cumprimento da justiça. O autor esclarece que é por intermédio da contribuição do laudo pericial que a Promotoria peça o arquivamento do inquérito policial ou ofereça a denúncia contra um indivíduo, por exemplo, beneficiando diferentes atores: a sociedade como um todo, visto esta desejar que os delitos cometidos sejam punidos, com provas científicas que auxiliam na identificação dos infratores; a vítima e seus familiares esclarecendo os fatos e os próprios suspeitos que são poupados de constrangimentos durante a fase de investigação.

2.3.2 Valoração da prova pericial

A valoração da prova pericial se assenta em critérios aprofundados cientificamente e objetiváveis sendo os sistemas de avaliação da prova determinantes, através de suas regras e princípios orientadores, a postura do magistrado frente as provas. Entretanto, preocupou-se o legislador com o subjetivismo peculiar a prática de julgar, buscando em algum ponto um controle sobre a atividade judicante, providenciando para que cada sistema albergue uma lógica específica à conformação da valoração da prova assentada pelo juiz (HARTMANN, 2008, p.111)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aponta Aranha (2004, p.75) que a doutrina averba a existência de três sistemas de valoração da prova: sistema de prova legal; sistema da intima convicção do juiz e sistema do livre convencimento motivado.

Descreve Oliveira (2009, p. 114) que o sistema da prova real emergiu como superação ao sistema inquisitivo com o intuito de atenuar o excesso de poderes atribuídos ao juiz, instituindo-se um padrão rígido de contemplação da prova que estabelecia determinados gêneros de provas para determinados delitos valorando previamente estas provas.

No sistema da prova real atribui-se aos elementos probatórios um valor predeterminado aplicado mecanicamente pelo juiz. A prefixação do valor de cada prova é realizada pela lei estabelecendo, ainda, hierarquia entre elas. Assim, conforme a natureza do delito ou da qualidade do acusado, a lei previa o tipo e a qualidade das provas que o juiz consideraria, ficando o magistrado constrito a determinação prévia cabendo a ele somente atender ao regramento de maneira vinculada (HARTMANN, 2008, p.111).

Explica Hartamnn (2008, p. 114) que a dialética do sistema da prova legal tornou-se obsoleta com o processo de humanização do Direito visto não se estear mais frente a nova ideologia. Neste sentido pontua Hartmann:

> Almejava-se, sobretudo a adoção de um processo penal verdadeiramente justo e democrático, e a prática advinda da adoção do sistema tarifário não correspondia a este objetivo, pois estava ligada essencialmente à aceitação da tortura como meio de prova (HARTMANN, 2008, p. 114).

O sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, conforme aponta Aronne (1996, p. 15) assenta ao magistrado completa liberdade para decidir, inclusive o abstendo de motivar sua decisão. O autor explica que neste sistema predomina a valoração *secundum conscientiam.*

Neste sistema o juiz forma sua convicção pautado em critérios racionais, analisando livremente a totalidade das provas anexadas aos autos, de maneira consciente e, assim, motivando sua decisão (MOUGENOT, 2009, p. 325).

Estabelece o artigo 155 do Código Penal Brasileiro que:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

A partir do assentado no Código penal observa-se que embora a apreciação da prova seja livre, a decisão deverá ser fundamentada sendo o foco da análise o conteúdo das provas trazidas aos autos (TOURINHO, 2012, p.254).

Conclui Mougenot (2009, p. 325) que por intermédio deste sistema possibilita-se aos julgadores maior flexibilidade e evita situações injustas ensejadas pela adoção do sistema da prova legal sem, contudo, recair no arbítrio excessivo que apresenta o sistema de livre convencimento absoluto concede aos juízes, assentindo o controle objetivo sobre a legalidade das decisões.

O sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional, trata-se de uma combinação de ambos os sistemas apresentados, de forma a se aproveitar a melhor parcela de cada um deles, conforme orienta. Aranha (2004, p.77).

Descreve Marques (1977, p. 278) que neste sistema a apreciação da prova embora também seja livre ao juiz existem normas que devem ser seguidas, balizando de certa maneira o exercício do convencimento. São diretrizes que podem limitar o magistrado à apreciação apenas as provas incluídas no processo, que elas não sejam proibidas (ilícitas ou ilegítimas), e que seja respeitado, quando incidir, o valor legal que a prova possa ter.

Segundo este sistema toda decisão proferida pelo julgador este sistema deve ser fundamentada ou motivada. O convencimento e a forma com que ele é formado são livres, porém, devem ser expostos os motivos que o ampararam, tornando a decisão ponderada frente às provas do processo e as leis vigentes (TOURINHO, 2012, p.59).

Quanto a força probante da prova pericial defende Badaró (2016, p. 445) que não é decorrente da fase procedimental em que foi realizada e sim, da capacidade técnica do perito que elaborou o laudo e do próprio conteúdo deste.

Para Aranha (2004, p.78), por conseguinte, o magistrado deve valorar o laudo pericial de maneira a avaliar a prova pretendida e sob a análise do conjunto probatório sublimado intentar seu convencimento, respeitando os princípios jurídicos que encorpam o processo penal.

Contudo, alerta Bina (2009, p. 120) que o Brasil adota o sistema estabelecido pelo princípio liberatório em relação as provas recepcionadas pelo juiz o que garante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a ele que não obrigatoriamente deva aceitar as provas periciais que, na verdade, servem como base ao magistrado para a tomada de sua decisão. Reforça o autor que o juiz sendo o destinatário das provas, necessita destas para uma decisão acertada não ficando, contudo, obrigado a aceitar os laudos periciais, direito este consagrado no artigo 183 do Código do Processo Penal.

Por fim, consagra Nucci (2014, p 419) que o juiz utiliza os laudos periciais para elaborar suas próprias conclusões, decidindo a matéria que lhe é apontada conforme sua convicção, analisando e avaliando a prova sem nenhum freio ou método previamente imposto pela lei.

2.3.2.1 Das modalidades de perícias e os exames periciais no processo penal.

Peculiarmente, as provas periciais no âmbito do processo penal se constituem em uma atividade de responsabilidade estatal destinadas a viabilizar elementos instrutórios de ordem técnica e proceder a comprovação e formação do corpo de delito cuja força probatória decorre da capacidade técnica do perito responsável pela elaboração do laudo e do conteúdo desse laudo (TUCCI, 1978, p. 204).

Orienta Reis (2016, p, 470) que existem diversos critérios classificatórios das perícias elencando:

a. Perícias *Percipiendi* – Retratação técnica ou científica das percepções apanhadas pelo perito, restrita à apreciação de fatos ou de circunstâncias, é desacompanhada da emissão de juízos valorativos.
b. Perícias Deduciendi – É a apreciação e interpretação técnica ou científica de fatos ou circunstâncias com a emissão de juízos valorativos.
c. Perícia Direta – Realizada a partir de elementos constitutivos do corpo de delito, modalidade esta pautada no disposto legal contido no artigo 158 do CPP.
d. Perícia Indireta – Realizada para complementar a perícia direta nos casos em que os elementos constitutivos do corpo de delito desaparecem, Nesta modalidade, prevista nos artigos 158 e 172 do CPP, o perito deve proceder à reconstrução de seus vestígios através de elementos contidos nos autos e dos resultantes das diligências processuais ultimadas.
e. Perícias Contraditórias – Realizadas por diferentes peritos sobre a mesma matéria ocorrem conclusões divergentes, conforme os critérios de apreciação e interpretação empregados por cada um dos peritos. Esta modalidade se encontra respaldada nos artigos 180 e 182 do CPP que oferecem aos magistrados criminais normas básicas para a solução das discrepâncias apresentadas nos laudos periciais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

f. Perícias Complementares – Destinada a completar a primeira modalidade de perícia realizada quando esta mostra-se inexata, de conteúdo contraditório ou deficiente, inobservando formalidades processuais ou ultimada para a classificação médico-legal classificatória do crime de lesões corporais. Esta modalidade de perícia está prevista nos artigos 168 e 181 do CPP.

g. Perícias Retrospectivas – Realizadas em tempo presente sobre fatos ocorridos anteriormente, em tempo próximo ou remoto, projetados ao futuro para que produzam efeitos jurídicos.

h. Perícias Prospectivas – Realizadas no presente realizando prognósticos sobre efeitos futuros, como no caso das perícias de verificação da cessação ou da persistência da periculosidade do condenado.

O Código de Processo Penal, ao longo de seu capítulo II, descreve várias modalidades de provas perícias aceitas no ordenamento jurídico, contudo como observa Nucci (2012, p. 397) de todas as perícias que abrange o processo penal o exame de corpo de delito é reputado como o mais importante, de maneira tal que o legislador deu-lhe relevância isolando-o das demais perícias.

A modalidade de perícia exame de corpo delito abrange várias outras subespécies como elenca Costa Filho (2012, p. 22):

EXAME NECROSCÓPICO

Também chamado de autópsia ou necropsia, o exame necroscópico é realizado no cadáver objetivando apurar sua causa mortis. A realização deste exame permite descobrir também outros aspectos relativos ao crime como a trajetória do projétil, número de ferimentos existentes no cadáver, orifício de entrada e saída do instrumento utilizado no crime. Este exame permite também identificar, por intermédio da observação dos fenômenos cadavéricos, o momento em que o crime ocorreu (NUCCI, 2012, p. 398).

Previsto no artigo 163 do CPP que estabelece o prazo de pelo menos seis horas após o óbito para sua realização, salvo quando forem evidentes os sinais de morte. Explica Nicolitt (2010, p. 420) que este prazo é exigido como forma de se evitar equívocos sobre a constatação da morte, situação que ocorre nos casos de síncopes, catalepsia e outros casos de morte aparente.

O exame necroscópico deve ser realizado sempre que ocorrerem crimes de homicídio consumado e mortes violentas sobre as quais recaiam suspeitas de crime, devendo o cadáver ser fotografado na posição em que foi encontrado e as fotografias anexadas ao laudo, seguindo as normas estabelecidas nos artigos 164 e 165 do CPP (BINA, 2009, p. 29).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

EXUMAÇÃO PARA EXAME CADAVÉRICO

Leciona Bina (2009, p. 29) que a exumação para exame cadavérico é considerada um exame de corpo de delito e compreende uma perícia necroscópica que deve ser precedida de autorização para a exumação do corpo inumado.

Para Nicollit (2010, p. 420) a exumação deve ser realizada quando o exame de corpo de delito não tenha sido realizado de forma completa na época apropriada ou por um motivo relevante e superveniente que o justifique.

A exumação possui natureza complementar sendo solicitada, usualmente, quando existe divergências sobre a causa da morte violenta ou sobre suas circunstâncias. Disposta no artigo 163 do CPP, a exumação implica o desenterramento do cadáver, retirado do seu local de sepultamento para a realização do exame, devendo apresentar data e horário pré-determinados pela autoridade competente, seguindo as disposições legais e obedecendo todas as formalidades necessárias para que não se caracterize o crime de violação de sepultura (MORAIS, 1994, p. 66)

EXAME PERINECROSCÓPICO

Exame realizado por peritos criminais no local de crime sobre a região periférica do cadáver, ou seja, no local ao redor da vítima. Deve ser realizado somente em crimes que atentem contra a vida, competindo ao perito observar a posição do corpo, estado das vestes da vítima, presença de armas, manchas de sangue, ferimentos do corpo e a evolução dos fenômenos (LIMA, 2014, p.623).

Previsto nos artigos 164 e 169 do CPP de forma implícita, portanto devendo ser a norma interpretada no decorrer de sua leitura, o exame perinecroscópico ocorre em virtude da necessidade de se fotografar o cadáver na posição em que for encontrado, bem como de todas as lesões externas e os vestígios que forem deixados no local, com a finalidade de se analisar minuciosamente o local ao redor do cadáver, sendo pra isso necessário o isolamento do local do crime protegendo os elementos deixados pelo delito (SILVEIRA, 2012, p. 1).

EXAME DO LOCAL DO CRIME

O objetivo do exame do local do crime é analisar crimes como os de incêndio, furto qualificado de arrombamento ou de escalada e outros crimes que sempre deixam vestígios sem a existência de cadáver (SILVEIRA, 2012, p. 1).

Determina o artigo 169 do Código de Processo Penal que:

> Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas educativos. Parágrafo único – Os peritos registrarão no laudo as alterações do estado das coisas e discutirão no relatório as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos (BRASIL, 1941).

Orienta Kehdy (1968, p. 242) que o local do crime compreende toda a área onde tenha ocorrido qualquer fato que solicite as providências periciais, enquanto leciona Rabello (1996, p. 342) que o local do crime se caracteriza pela porção do espaço compreendida num raio que origina no ponto em qual foi constatado o fato e se estende de forma abrangente a todos os lugares em que, aparente, necessária ou presumidamente, hajam sido praticados pelo criminoso os atos materiais, preliminares ou posteriores à consumação do delito.

Explica Silveira (2012, p. 1) que a realização deste exame consiste na observação do aspecto de desordem, na situação dos móveis e utensílios, fendas e massas em paredes, assoalhos e tetos. Além disso, segue o autor, devem ser colhidas impressões digitais e pegadas que, também, deverão ser fotografadas e descritas.

O artigo 171, do Código de Processo Penal, demonstra os crimes que este exame irá se preocupar e também a necessidade da descrição dos vestígios, a indicação do instrumento utilizado, os meios empregados e o tempo em que os atos foram praticados (TUCCI, 2012, p. 417).

EXAME SOBRE OS INSTRUMENTOS DO CRIME

O exame sobre os instrumentos do crime é uma das modalidades periciais mais conhecidas e efetuadas para a elucidação de delitos, devendo-se primeiramente definir que estes instrumentos compreendem objetos que atuam como agente mecânico para a realização do crime como revólver, faca, pedaços de madeira, estilete, entre outros (TUCCI, 2012, p. 417).

Descreve Bina (2009, p. 30) que este exame pode ser realizado com duas finalidades, avaliar a eficiência do instrumento ou colher vestígios deixados no mesmo, como sangue ou impressões digitais. Complementa Nucci (2012, p. 398) que este exame também é responsável pela definição da natureza do instrumento, estabelecendo espécie e qualidade como o reconhecimento do calibre de uma arma de fogo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O exame sobre os instrumentos do crime é bastante utilizado na balística forense nos confrontos balísticos responsável pela comparação microscópica do projétil retirado da vítima com outro disparado pelos peritos com a suposta arma. O resultado positivo indica que o disparo criminoso foi efetuado pela arma apreendida (BINA,2009, p. 33).

EXAMES LABORATORIAIS E DNA

Ao realizar a coleta dos vestígios deixados pelo crime, os peritos enviam ao laboratório materiais colhidos como amostras de sangue, sêmen e saliva para realização do exame de DNA. Este exame permite a comprovação da identidade da vítima e também do criminoso (NUCCI, 2012, p. 411).

Previsto no artigo 170 do CPP, é um exame realizado obrigatoriamente por peritos com conhecimento técnico nas áreas das ciências e com a utilização de aparelhos, substâncias químicas e outros métodos que levem ao encontro de fatos relevantes para a instrução criminal. Contudo, trata-se de exames invasivos dado ninguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, tão pouco a fornecer materiais para o exame que possa prejudicar sua integridade física ou sua intimidade (NICOLITT, 2010, p. 421).

Explicam Calabrich (et al, 2010, p. 150) que esta modalidade também realiza exames em vestígios gerados a partir do uso de armas de fogo, armas brancas e munições, além de estipular as características físicas de vestígios que materializam os delitos investigados quando se questiona a natureza do material, parâmetros físicos, função, funcionamento e eficiência.

2.3.3 A importância da prova pericial no processo penal

Alguns processualistas consideram a perícia modalidade de prova, ao passo que outros a consideram mais que uma prova considerando que ela apresenta todas as premissas exigidas para um meio de prova, porém possui outros elementos não contidos na prova a inserindo entre a prova e a sentença (BADARÓ, 2014, p. 301).

Na concepção de Greco Filho (2010, p. 185) em razão da destacada relevância que a compõe, a perícia integra um meio instrumental técnico opinativo embasador da sentença.

A prova pericial apresenta notoriedade no direito processual penal e, desta forma, é de extrema importância para o funcionamento da justiça criminal. Fundamentada em bases científicas, fornece ao juiz e aos jurados maior segurança para a decisão (MADEIRA, 2008, p. 79).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Orienta Rabello (1996, p. 13) que ao trazer requisito veraz ao ocorrido no local do crime, por apresentar cunho técnico-científico e, por diversas vezes, oportunizar a reconstituição ou demonstração real dos fatos a prova pericial ganha relevância no processo penal.

Também Dorea (et al, 2012, p. 15) classificam a prova pericial a mais importante entre os meios de prova considerando sua materialidade e pela garantia, de maneira científica e isenta, da veracidade dos fatos que apresenta.

O caráter fundamental do direito à prova se constitui no compromisso de garantir às partes meios necessário e suficientes para sua defesa. A medida em que a prova pericial se utiliza de mecanismos científicos e tecnológicos para oferecer um meio de prova isento, robusto e confiável, cumpre seu papel de verdadeiro e eficaz recurso no esclarecimento da verdade (VELHO, et al, 2013, p. 444).

Nos processos penais não cabe ao julgador, seguindo o princípio da dignidade humana e a Constituição Federal, fundamentar-se somente em fatos expostos por testemunhas ou pela confissão do réu e neste contexto se dá a importância da prova pericial (GRECO FILHO, 2010, p. 185).

Na ótica de Lopes Junior (2016, p. 244), ainda que a prova pericial denote relevante importância quando comparada a provas subjetivas, em virtude de sua menor susceptibilidade à interferência humana e esta faculdade seja de grande mérito e valia à seara criminal, não se pode lhe atribuir maior valor em relação aos outros tipos de prova, uma vez que para o estabelecimento de sua convicção e para o pronunciamento de uma decisão justa, deve o magistrado analisar todo o conjunto de provas disponível nos autos, valorando-as igualmente para a formação de seu convencimento.

3 CONCLUSÃO

A ligação entre a Medicina Legal e o Direito tem se estreitado ao longo da história da humanidade. Ainda que nem sempre tenham essas ciências caminhado juntas, é consensual na doutrina que as perícias médico-legais constituem papel fundamental na busca pela verdade dos fatos, resultando em importante agente na tomada da decisão judicial.

Esta constatação se demonstra ao decorrer desta pesquisa, especialmente no âmbito do processo penal. As perícias com seu teor técnico-científico representam a modalidade de prova mais próxima à verdade real.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Medicina Legal evidência métodos científicos utilizados para a elucidação de crimes e ressalta a importância da perícia, essencialidade essa destacada pelo legislador brasileiro quando estabelece como obrigatória a realização do exame de corpo de delito em crimes que deixando vestígio, sob a pena de ser o processo nulo quando de sua ausência.

Evidencia-se com este estudo o peso das provas periciais no processo penal por sua materialidade e pela cientificidade na demonstração da veracidade dos fatos, confirmando sua indispensabilidade no alcance do desfecho processual.

Ainda, é possível afirmar a partir da alcunha doutrinária que as perícias médico-legais primam os princípios do contraditório e da ampla defesa instituídos na Constituição Federal brasileira devendo, portanto, ser objeto de estudo e de conhecimento pelos operadores do direito atribuindo, assim, o entendimento ao trabalho realizado pelo perito criminal e reconhecendo a basilar contribuição de seu trabalho na resolução de fatos delituosos.

Conclui-se com este trabalho que a Medicina Legal e as provas periciais denotam significativo papel no Direito Processual Penal e sugere-se o reforço do debate acerca do tema afim de contribuir para a evolução pericial como instrumento jurídico, conferindo-lhe máxima credibilidade e precisão, reduzindo as imprecisões na busca da verdade dos fatos e fazendo valer os preceitos da benigna Justiça.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA MACHADO, JO; FAVERO, Flaminio. **Revista de Medicina e Criminologia Legal.** São Paulo: Editora São Paulo, 1929.

ALMEIDA JÚNIOR, A; COSTA, Júnior; OLIVEIRA. JB. **Lições de Medicina Legal.** São Paulo: Companhia Nacional Editora, 1979.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Porto Alegre: Juruá Editora, 2008.

ARANHA, Adalberto José QT de Camargo. **Da prova no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz.** Porto Alegre: Safe, 1996.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado.** São Paulo: Ed. Método, 2014.

BADARÓ, Gustavo H. **Processo penal.** Rio de Janeiro: Campus, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____**Processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BINA, Ricardo. **Medicina Legal.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Prova criminal e contraditório.** Sindicato dos Peritos Criminais do Estado da Bahia: Bahia, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOTELHO, Jeferson. **Direito Processual Penal**, 2011. Disponível em:

http://www.jefersonbotelho.com.br/direito-processual-penal-professor-jeferson-botelho

Acesso em: 11/11/2018.

BRASIL, Código Processual Penal. **Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.** Disponível em:

https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10667014/artigo-155-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941

Acesso em: 08/11/2018.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.** Salvador: JusPodivm, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____**Curso de Processo Penal.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

_____**Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Leonardo Mendes. Medicina legal para o acadêmico de direito. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos Bivar. **Direito processual penal**. Brasília: Vestcon, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

COSTA FILHO, Paulo Enio Garcia da. **Medicina Legal e Criminalística.** Brasília: Vestcon, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

CROCE, Delton; CROCE JR, Delton. **Manual de medicina legal.** 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNICO, Edimar. **Perícia em locais de morte violenta: criminalística e medicina legal.** Curitiba: Edição do Autor, 2010.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina Legal.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1974.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Malheiros, 2008.

DOREA, Luiz Eduardo; STUMVOLL, Victor Paulo; QUINTELA, Victor. **Criminalística.** São Paulo: Ed. Millennium, 2012.

ESTEFAM, André. **Provas e procedimentos no processo penal.** São Paulo: Damásio de Jesus, 2008.

FAVERO, Flaminio. **Medicina Legal.** Vila Rica: São Paulo, 1991.

FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.** Niterói: Impetus, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

FREIRE, Jose Jozefran Berto. **Da doutrina e do método em medicina legal. Ensaio epistemológico sobre uma ciência biopsicossocial.** São Paulo: USP – Digital Library, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GOMES, Hélio. **Medicina Legal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Notas sobre a terminologia da prova.** São Paulo: DPJ Editora, 2005.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro.** In: Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2010.

HERCULES, HC. Medicina legal – texto e atlas. São Paulo: Atheneu; 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

KEHDY, Carlos. **Elementos de Criminalística.** São Paulo: Luzes Gráfica e Editora Ltda, 1968.

LAGO, Cristiano Alvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Salvador: Juspovidvm, 2014.

_____. **Manual de processo penal.** Salvador: Ed. Juspovidvm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MADEIRA, Guilherme Dezem. Da prova penal. São Paulo: Ed. Millennium, 2008.

MANZANO, Luís Fernando Moraes. **Prova pericial.** São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de Medicina Legal.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal.** São Paulo: Bookseller, 1997.

_____**Elementos de Direito Processual Penal.** Campinas: Millenium, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Direito Processual Penal. Aspectos históricos. Conceito Fundamental e Complementar. Denominações. Instrumentalidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini**. Processo Penal.** São Paulo: Editora Atlas, 1999.

_____. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES João Batista. **Da prova penal.** Campinas/SP: Copola, 1994.

MOREU, Diego Aísa. ***Teorema: International***. Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia, 1955.

MOUGENOT, Edílson. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MOURA, MTRA. **A prova por indícios no processo penal.** São Paulo: FDUSP, 1981.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal.** São Paulo: Método, 2011.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

NOGUEIRA, Marcio Franklin. **Transação Penal.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: RT, 2007.

_____. **Manual de processo e execução penal.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

_____. **Provas no Processo Penal.** Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **O processo penal como dialética da incerteza.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2009.

_____. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

PEIXOTO, Afrânio. **Elementos de Medicina Legal.** São Paulo: Editora Francisco Alves, 1938.

RABELLO, Eraldo. **Curso de Criminalística.** Porto Alegre: Saga Luzzatto, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015.

_____. **Direito Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2013.

REIS, Albani Borges dos. **Metodologia científica em perícia criminal.** Campinas/SP: Editora Millennium, 2016.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **A Prova Indiciária no Processo Penal.** São Paulo IBEJ, 2000.

SILVEIRA, Paulo Roberto. **Exame de Local. (2009).**

Disponível em: https://www.recantodasletras.com.br/artigos/1625568

Acesso em 18/12/2018.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Juspodium, 2012.

TOCCHETTO, Domingos; ESPÍNDULA, Alberi. **Criminalística: procedimentos e metodologias.** Porto Alegre: Espindula – Consultoria, cursos & perícias, 2013.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo Penal.** São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1978.

VELHO, Jesus Antonio; CAMINOTO GEISER, Gustavo; ESPINDULA, Alberi. **Ciências forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna.** São Paulo: Ed. Millennium, 2013.

ZILLI, Marcos. **A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] Advogada, Bacharel em Direito pela PUC PR, Especialista em Direito de Trabalho e Previdenciário pela UNOPAR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FEMINISMO E CRIMINOLOGIA: UMA ANÁLISE DOS CASOS JULGADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MARIA DO CARMO GOULART MARTINS SETENTA: Mestra em direitos humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Rede Laureate International Universities (UniRitter), Defensora Pública Federal desde 2009, atualmente lotada na Defensoria Pública da União em Salvador/BA.

Resumo: Criminologia e feminismo tem muito em comum, pois consistem em pensamentos críticos e emancipatórios, entretanto, ao mesmo tempo em que a criminologia crítica constata a falência do sistema penal, do próprio direito penal e do cárcere na busca de defesa social, de redução da criminalidade, da ressocialização do condenado, uma vertente do feminismo continua defendendo a utilização, ainda que simbólica, do direito penal diante das violações aos direitos das mulheres, sustentando que a criminologia crítica não incorporou ao seu discurso a necessária crítica feminista. Nessa aparente contradição, constata-se a utilização do direito penal como política destinada a prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Convenção de Belém do Pará; Direito das mulheres.

Sumário: 1. Introdução – 2. Feminismo e Criminologia – 3. Casos de violações à convenção de Belém do Pará julgados pela Corte Interamericana de direitos humanos – 4. Considerações Finais – 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Feminismo e criminologia são dois discursos que possuem como ponto em comum a tutela do mais fraco da relação: as mulheres (discurso feminista) e o réu no processo penal (discurso garantista). Uma das vertentes do feminismo defende, entre outras, a utilização da política criminal na tutela dos direitos das mulheres como forma de coibir, reprimir e reparar tais violações, embora, no discurso da criminologia crítica, buscar tais objetivos no sistema penal seja, no mínimo, questionável, diante da constatação da profunda crise no sistema penal, que gera mais problemas do que se propõe a resolver.

O Brasil, fazendo parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, submete-se às obrigações constantes nas Convenções por ele ratificadas, assim como à jurisdição da Corte, podendo ser internacionalmente responsabilizado pela inobservância dos Tratados e Convenções, bem como da interpretação que é dada a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

eles pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desse modo, o presente estudo se propõe a analisar os casos julgados pela Corte em que foram constatadas violações à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará", verificando-se quais violações foram identificadas, quais os tipos de sanções e reparações impostas, bem como quais contribuições tais decisões podem trazer ao debate.

2. Feminismo e Criminologia

Feminismo (ou feminismos) para Tamar Pitch é, em primeiro lugar, um movimento político das mulheres que iniciou na segunda metade do século passado, nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, é também chamado de segunda onda do feminismo, pois os primeiros movimentos políticos feministas datam da segunda metade do século XIX. Embora as mulheres já fossem titulares dos mesmos direitos que os homens, essa igualdade era apenas formal, concluindo-se que a questão é, portanto, cultural e não apenas social, econômica e jurídica. Para a autora, o importante é recordar que este movimento, desde o início, rechaça a igualdade entendida como assimilação dos modelos masculinos e passa a analisar criticamente não só como o princípio da igualdade foi entendido pelas políticas públicas, mas também questiona o próprio princípio da igualdade. Não se trata somente de obter o reconhecimento pleno dos direitos que, formalmente, as mulheres já são titulares, mas de indagar a própria lógica desses direitos. A paridade em um mundo dado não é suficiente, busca-se reconstruir um mundo que reconheça a existência de dois sujeitos (PITCH, 2010).

De modo semelhante, Nancy Fraser fala de uma nova tarefa intelectual e prática: "a de desenvolver uma teoria crítica do reconhecimento, que identifique e assuma a defesa somente daquelas versões da política cultural da diferença que possam ser combinadas coerentemente com a política social da igualdade". A autora vislumbra, desse modo, a necessidade, na luta feminista, de reconhecimento aliado à redistribuição, o que ela propõe através da distinção entre dois tipos de injustiça. A primeira delas é a injustiça econômica, cujos exemplos são a exploração (subempregos), a marginalização econômica (desemprego) e a privação (não ter acesso a um padrão de vida material adequado), para a qual a solução é alguma espécie de reestruturação político-econômica, o que ela denomina genericamente de redistribuição. O outro tipo de injustiça, a cultural ou simbólica, se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, seus exemplos incluem a dominação cultural (submissão à padrões de outras culturas, alheios ou hostis à sua própria), o ocultamento (invisibilidade) e o desrespeito (ser difamada ou desqualificada rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana). Para esse tipo de injustiça, o remédio estaria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em algum tipo de mudança cultural ou simbólica, ou seja, reconhecimento. A autora conclui afirmando que gênero, assim como a raça, são paradigmas de coletividades bivalentes e, portanto, implicam tanto redistribuição quanto reconhecimento (FRASER, 2006).

Zaffaroni conceitua o discurso feminista como o discurso antidiscriminatório por excelência porque, em primeiro lugar, diferente de outras formas de discriminação como, por exemplo, racismo, discriminação de pessoas com deficiência, em razão de orientação sexual, discriminação de crianças e adolescentes ou de idosos – que abarcam uma minoria mais ou menos numerosa – o feminismo trata de metade da humanidade. Além disso, alguns desses grupos alvo de discriminação se renovam, de modo que perdem sua identidade (as crianças, se tornam adultos; os idosos, morrem). Outra razão para definir o feminismo como discurso antidiscriminantório por excelência está na constatação de que a supressão de outros grupos discriminados não alteraria tanto a hierarquia da sociedade verticalizada e corporativista; e, por fim, o fato de o discurso feminista poder adentrar todas as instâncias, classes, corporações e instituições, ou seja, não há lugar de poder social que não possa ser alcançado pelas mulheres (ZAFFARONI, 2000).

Enquanto o feminismo pode ser resumido como uma luta das mulheres para que seja superada a supremacia masculina, Sérgio Salomão Schecaira lembrando que "qualquer observação conceitual sobre criminologia esbarra nas diferentes perspectivas existentes nas ciências humanas" define criminologia como "o estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar (SCHECAIRA, 2012).

Para Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho (CAMPOS, 2006) um diálogo entre o feminismo e o garantismo – vertente da criminologia crítica – é possível, através de campos interpretativos e práticas judiciais que aproximem esses dois discursos, sendo o ponto de encontro entre o feminismo jurídico e o garantismo penal a preocupação com o sujeito mais fraco, qual seja, a mulher em diversas situações do cotidiano (discurso feminista) e o réu no processo (discurso garantista). Carmen Hein de Campos argumenta ainda que o "pensamento criminológico e o pensamento feminista têm muito em comum, pois são pensamentos críticos e emancipatórios" (BARATTA, 1999). Enquanto a criminologia crítica denuncia a profunda crise do sistema penal, do próprio direito penal, revelando que o sistema punitivo é absolutamente inadequado às funções do discurso oficial de defesa social e de utilidade da pena para conter a criminalidade, ressocializar o condenado e defender interesses dos indivíduos e da sociedade, concluindo que o sistema penal não pode garantir direitos; uma vertente do feminismo continua defendendo a utilização, ainda que simbólica, do direito penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

diante das violações aos direitos das mulheres, sustentando que a criminologia crítica não incorporou ao seu discurso a necessária crítica feminista.

Nessa perspectiva de uma aparente contradição entre o discurso feminista e a criminologia crítica, se propõe uma análise dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que foram verificadas violações aos direitos humanos das mulheres, ou seja, em que a Corte conclui pela responsabilização do Estado por desrespeitar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará, verificando-se quais violações foram identificadas, quais os tipos de sanções e reparações impostas, bem como quais contribuições tais decisões podem trazer ao debate.

3. Casos de violações à convenção de Belém do Pará julgados pela Corte Interamericana de direitos humanos

O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tendo incorporado definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) pelo Decreto Presidencial nº 678, de 11/11/1992 e, em 10/12/1998, depositou, junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), nota reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violações de direitos humanos e obrigando-se, assim, a implementar suas decisões.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará", foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06/06/1994 e ratificada pelo Brasil em 27/11/1995, por meio do Decreto nº 1.973, de 01/08/1996. Nas notas introdutórias desta Convenção a justificativa de sua edição é "por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens".

É do art. 1º da referida Convenção que se extrai o conceito de violência contra a mulher, como sendo: "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada."

A Lei nº 11.340, de 07/08/2006, conhecida como Lei Maria da Penha – fruto de pressões e cobranças de movimentos feministas e de mulheres por respostas mais eficientes e coerentes do Estado – traz de forma mais específica as várias formas de violência sofridas pelas mulheres (art. 7º): física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A violência física é conceituada como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal. A violência psicológica é aquela que traz dano emocional e diminuição de autoestima ou que prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões das mulheres, por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir. Violência sexual, por sua vez, é entendida como:

> (...) qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

A violência patrimonial, segundo a referida legislação, ocorre quando há retenção, subtração ou destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, inclusive os destinados a satisfazer suas necessidades. Por fim, a violência moral está relacionada a condutas que configurem calúnia, injúria ou difamação.

Guimarães e Pedroza (2015) destacam a importância das definições legais a respeito da violência, porém, acrescentam que para melhor compreensão e, por consequência, possibilidade de intervenção na questão, é essencial entender a violência contra a mulher como uma violação aos direitos humanos. Essa compreensão, segundo as autoras, tem importância prática, jurídica e simbólica. Prática porque os direitos humanos, na sua perspectiva histórico-política, advêm de lutas e conquistas que, inicialmente, não incluíam as mulheres, justamente por contas das estruturas hierárquicas, desiguais e violentas que norteiam as relações de gênero em nossa sociedade. A importância jurídica está na necessidade de o ordenamento jurídico ser capaz de dar respostas eficazes e consistentes diante das violências das quais as mulheres são vítimas. A relevância simbólica está relacionada à capacidade pedagógica no sentido de inaugurar novos estilos de moralidade e desenvolver novas sensibilidades éticas.

Feitas essas conceituações iniciais, passamos ao propósito do presente estudo, qual seja, o levantamento e avaliação dos casos julgados pela Corte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Interamericana envolvendo a Convenção de Belém do Pará. A consulta aos casos que serão analisados foi feita através do site oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos[1] (CIDH) através do sistema de busca de jurisprudências com o termo de pesquisa "*mujer*". Após filtragem de julgados relacionados aos mesmos processos, foram encontrados dez casos, sendo que, em todos eles, foram constatadas violações à Convenção de Belém do Pará, são eles: Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), Caso Gonzáles y Otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009), Caso de la Massacre de las dos Erres vs. Guatemala (2009), Caso Fernández Ortega y Otros vs. México (2010), Caso Rosendo Cantú y Outra vs. México (2010), Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012), Caso Masacres de el Mozote y Lugares aledaños vs. El Salvador (2012), Caso Veliz Franco y Otros vs. Guatemala (2014), Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (2015) e Caso I.V. vs. Bolivia (2016).

Mais dois casos apareceram nas buscas, ambos julgados em 2012, o Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica e o Caso Atala Riffo y Ninãs vs. Chile. O primeiro deles trata da proibição de realizar fertilização *in vitro*, estabelecida na Costa Rica, desde 2000, o que constituiria ingerência arbitrária nos direitos da vida privada e familiar e no direito de formar uma família, além disso, violaria o direito de igualdade das vítimas, pois o Estado as impedia de terem acesso a tratamento médico viável capaz de superar a dificuldade de gerar filhas e filhos biológicos. Embora se tenha alegado que essa violação teria um impacto desproporcional em relação às mulheres, a decisão da Corte não reconheceu a violação a nenhum dos dispositivos da Convenção de Belém do Pará.

De modo similar, o Caso Atala Riffo y Ninãs vs. Chile, que envolve a responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e por interferência arbitrária na vida privada e familiar em razão da orientação sexual da senhora Atala em processo judicial que resultou na perda da guarda das filhas, a Corte não entendeu ter ocorrido violação à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Passemos às breves considerações dos casos selecionados. O primeiro deles, Caso del Penal Miguel Castro Castro *Vs.* Perú (2006) trata de fatos ocorridos a partir de 06/05/1992 e se referem à execução da operação de mudança do Presídio Miguel Castro Castro durante o qual o Estado provocou a morte de, pelo menos, 42 internos, outros 175 internos foram feridos e mais 322 submetidos à tratamento cruel, desumano e degradante. O Presídio de segurança máxima Miguel Castro Castro é uma casa prisional para homens localizada na cidade de San Juan de Lurigancho. Na época dos fatos, um dos pavilhões estava ocupado por 135 internas mulheres e 50 homens, outro abrigava cerca de 400 homens internos, nesses dois pavilhões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estavam recolhidos acusados ou sentenciados por delitos de terrorismo ou traição à pátria.

A versão oficial era de que a operação de mudança visava o translado das mulheres que estavam naquela penitenciária para o presídio de segurança máxima feminino Santa Mónica de Chorrillos, no entanto, segundo a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o objetivo real da operação foi um ataque premeditado para atentar contra a vida e a integridade das presas e dos presos. A polícia nacional do Peru iniciou a operação derrubando uma das paredes da penitenciária com explosivos. Os agentes estatais, polícia e exército, utilizaram armas de guerra, explosivos, bombas lacrimogêneas, vomitivas e paralisantes contra as pessoas internas. As presas e os presos, depois do ataque, sofreram maus tratos nos hospitais para onde foram encaminhados e não tiveram a assistência médica adequada, embora houvesse mulheres grávidas.

A CIDH julgou que o Estado do Peru foi responsável pela violação de direitos consagrados no artigo 4 da CADH (direito à vida), no artigo 5 (direito à integridade pessoal), em conexão com os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assim como os artigos 8.1 e 25 da CADH em conexão com o artigo 7.b da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Além de condenar o Estado ao pagamento de indenizações às vítimas sobreviventes e aos familiares dos falecidos, a Corte determinou, entre outras obrigações, a investigação dos fatos que geraram as violações, com identificação, julgamento e punição dos responsáveis, a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade em reparação às vítimas e seus parentes, além de assistência médica e psicológica e medidas educativas, consistentes na capacitação e treinamento dos agentes de segurança e desenvolvimento de um plano de educação em direitos humanos dirigidos aos agentes das forças de segurança.

Outra sentença envolvendo violação aos direitos das mulheres é a do Caso Gonzáles y Otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009) que trata do registro do aumento de homicídios contra mulheres em Ciudad Juárez, no México, influenciado por uma cultura de discriminação contra a mulher. Concluiu-se pela responsabilidade do Estado em razão do desaparecimento e posterior morte das jovens Claudia Ivette González, trabalhadora de 20 anos de idade, Esmeralda Herrera Monreal, empregada doméstica de 15 anos de idade e Laura Berenice Ramos Monárrez, estudante de 17 anos de idade, cujos corpos foram encontrados em um campo de algodão, no dia 06/11/2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Estado foi responsabilizado pela violação dos direitos à vida, integridade e liberdade pessoal, reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da CADH, bem como os artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará. Se responsabilizou o Estado pela falta de medidas de proteção às vítimas, as quais eram adolescentes, pela falta de prevenção a este tipo de crimes, apesar do pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que já havia provocado o assassinato de centenas de mulheres e meninas, bem como pela ausência de resposta das autoridades diante do desaparecimento das jovens e a falta de devida investigação dos homicídios, assim como falta de acesso à justiça e à reparação adequada.

À semelhança do caso anterior, o Estado foi condenado a conduzir de modo eficaz o processo penal em andamento ou os futuramente instaurados para identificar, processar e condenar os responsáveis pelo desaparecimento, maus tratos e assassinatos das jovens González, Herrera e Ramos, assim como os responsáveis pelos assédios praticados em desfavor de outras mulheres. A condenação envolveu, entre outras, a obrigação de o Estado implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos e gênero, além de assistência médica, psicológica e psiquiátrica às vítimas.

Também no ano de 2009 foi julgado o Caso de la Massacre de las dos Erres vs. Guatemala, demanda relacionada com a falta de devida diligência na investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelo massacre de 251 habitantes de uma localidade ocorrida entre 6 e 8/12/1982. O massacre foi executado por membros de um grupo especializado das forças armadas da Guatemala, entre as vítimas havia crianças, mulheres e homens. Antes de morrer, as pessoas foram vítimas de violência e agressão, a ponto de causarem abortos. A decisão da Corte foi no sentido de responsabilizar o Estado pela violação dos direitos e garantias judiciais consagrados os artigos 8.1 e 25.1 da CADH, assim como das obrigações previstas nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e do artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará, em prejuízo das 155 vítimas do processo. Especificamente em relação aos direitos das mulheres, foi reconhecida a utilização de violência sexual como métodos de tortura nos conflitos armados internos.

Em 2010 a CIDH sentenciou mais dois processos em que foram reconhecidas violações à Convenção do Belém do Pará, o Caso Fernández Ortega y Otros vs. México e o Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. O primeiro deles está relacionado à denúncia de violação sexual e tortura em desfavor da senhora Fernández Ortega, ocorrida em 22/03/2002, bem como a falta de investigação e punição dos responsáveis, e a falta de reparação adequada da vítima e seus familiares, a utilização do foro militar para a investigação e julgamento de violações de direitos humanos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

as dificuldades enfrentadas pelas pessoas indígenas, em particular mulheres, para acessar à justiça.

A decisão foi no sentido de responsabilizar o Estado pela violação dos direitos à integridade pessoal, à dignidade e à vida privada consagrados, respectivamente, nos artigos 5.1 e 5.2, 11.1 e 11.2 da CADH, e artigos 1, 2 e 6 da Convenção
Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assim como pelo descumprimento do dever estabelecido no artigo 7.a da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Já o Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México tratou da responsabilidade do México pela violência sexual e tortura da senhora Rosendo Cantó, indígena, ocorrida em fevereiro de 2002, pelos danos que o fato causou à filha da vítima, pela tramitação do processo em foro militar e pelas dificuldades que os povos indígenas enfrentam para acessar o sistema judicial e os serviços de saúde. Alegou-se que o estado mexicano fora omisso na investigação e punição dos responsáveis.

Tal conduta do estado mexicano teria violado os artigos 5 (Integridade Pessoal), 8 (Garantias judiciais), 25 (Proteção Judicial), 11 (Proteção da honra e da dignidade) e 19 (Direitos das crianças) da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos estabelecida no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo da senhora Rosendo Cantú. Também solicitou que se declarasse a responsabilidade do México pela violação do artigo 5 (Integridade pessoal) da mesma Convenção em relação com o artigo 1.1, em prejuízo da criança Yenys Bernardino Rosendo, filha de Rosendo Cantú. Além disso, assinalou que seria também responsável pela violação do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e punir a tortura (Convenção contra a tortura).

Nesse caso, o estado mexicano foi condenado a conduzir de forma célere e ampla uma investigação penal com o fim de determinar as responsabilidades individuais no que tange à violência sexual sofrida por Rosendo Cantú, devendo examinar a conduta do ministério público, que dificultou a recepção da denúncia feita pela vítima, assim como a do médico que não deu às autoridades competentes o aviso legal correspondente à violência sofrida pela indígena. O México foi condenado ainda a adotar reformas legislativas a fim de alterar seu código penal militar, adequando-o aos ditames da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de realizar ato público de reconhecimento da sua responsabilidade, entre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012) trouxe à tona a alegação de que o Exército da Guatemala teria realizado um verdadeiro massacre contra a comunidade Maia do Rio Negro nos anos de 1980 e 1982, tais como a eliminação de seus membros, violações das mais diversas contra os sobreviventes, dentre elas, violência sexual contra mulheres, não havendo investigação alguma sobre tais fatos.

Os atos perpetrados teriam violados os artigos 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Integridade Pessoal), 6 (Proibição de escravidão), 7 (Liberdades pessoais), 8 (Garantias judiciais), 25 (Proteção Judicial), 11 (Proteção da honra e da dignidade), 12 (Liberdade de consciência e religiosa), 16 (Liberdade de associação), 17 (Proteção à família), 19 (Direitos das crianças), 21 (Direitos à propriedade provada), 22 (Direitos de circulação e de residência), 24 (Direito de igualdade perante a lei) da Convenção Americana. Além desses, seria também responsável pela violação do artigo 1 da Convenção sobre Desaparecimento forçado, do art. 7.b da Convenção de Belém do Pará e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a tortura.

Na sentença, a Guatemala foi condenada a investigar e punir os responsáveis pelo massacre ocorrido contra o povo Maia, realizar buscas com o objetivo de encontrar o paradeiro dos desaparecidos, efetuar eventuais exumações e identificação das pessoas executadas, indenizar as vítimas, além de realizar ato público de reconhecimento da culpa, dentre outras.

O Caso Masacres de el Mozote y Lugares aledaños vs. El Salvador (2012) analisou os massacres que teriam sido realizados por um grupamento militar do Batalhão Atlacati e outras dependências militares, em 7 localidades do Norte de Morazán, República de El Salvador, entre os dias 11 e 13 de dezembro de 1981.

Estima-se que mil pessoas tenham sido mortas durante os cruéis ataques, muitas delas mulheres e crianças. Tamanha crueldade teria sido uma resposta do governo aos grupos que lutavam contra a ditadura militar imposta à época, e também uma forma de plantar o terror entre as comunidades salvadorenhas. A decisão da Corte foi no sentido de declarar a responsabilidade do Estado pela violação a diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a tortura, assim como o artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará.

Por fim, o estado de El Salvador foi condenado a investigar e punir os responsáveis pelos atos praticados contra esses povos, sem que a lei de anistia vigente no país seja um empecilho para a continuidade das investigações, identificar os corpos dos desaparecidos, indenizar as vítimas, entre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Veliz Franco y Otros vs. Guatemala (2014) foi outro caso em que a Corte apreciou pedido de condenação da Guatemala, em razão da falta de adequada investigação e punição dos culpados pela morte de Maria Isabel Veliz Franco, de 15 anos. Dentre os equívocos na investigação, nota-se a não realização de diligências quando da notícia do desaparecimento feita por sua mãe e falhas na preservação da cena do crime, assim como deficiência na análise das provas colhidas.

Conforme a sentença da CIDH, o Estado violou diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como os artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará. Em razão disso, a Guatemala foi condenada a reabrir as investigações para identificar e punir os responsáveis pela morte da jovem, dar publicidade à referida sentença, oferecer assistência médica e psicológica à mãe da jovem, dentre outras.

Novamente tratando de fatos ocorridos na Guatemala, tem-se o Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (2015). Aqui, a acusação era de que o país centro-americano foi responsável pelo desaparecimento e morte de Claudina Isabel Velásquez Paiz, já que se omitiu no pronto atendimento à notificação de desparecimento feita pelos pais da jovem, sob o pretexto de que deveriam aguardar 24 horas para que medidas de busca fossem adotadas. O corpo da guatemalteca foi encontrado no dia seguinte, com sinais de violência, inclusive, sexual.

Além de falhas na imediata busca pela jovem, o estado pecou muito durante as investigações, já que não houve preservação da cena do crime, foi parca a análise das provas colhidas, a necropsia foi malconduzida, além da constante troca dos responsáveis pela persecução penal ter prejudicado a condução dos trabalhos policiais.

Foram desrespeitados diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 7 da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher. Por isso, uma vez mais a Guatemala foi condenada a reabrir as investigações para identificar e punir os responsáveis pela morte da jovem, dar publicidade à referida sentença, indenizar os pais da vítima, dentre outras.

A decisão mais recente da Corte é o Caso I.V. vs. Bolívia (2016), que trata da responsabilidade internacional do Estado em razão de uma intervenção cirúrgica a que foi submetida a senhora I.V. em um hospital público no dia 01/07/2000, consistente na ligadura de suas trompas realizada sem que se tratasse de situação emergencial e sem o consentimento da paciente, que sofreu a perda permanente e forçada de sua função reprodutora. No julgamento, a CIDH responsabilizou o Estado pela violação aos direitos da integridade e liberdade pessoal, da dignidade, da vida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

privada, de acesso à informação e de formar uma família, previstos nos artigos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 e 17.2 da CADH e suas obrigações fundamentadas no artigo 7.a) e b) da Convenção de Belém do Pará.

4. Considerações finais

Observa-se desses dez casos analisados que, no julgamento da CIDH, foi reconhecida a violação de direitos das mulheres, consistente no desrespeito ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, assim redigida:

> Artigo 7
>
> Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e scan [*sic*] demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:
>
> a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
>
> b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
>
> c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

Além disso, em todos os casos existe a obrigação de os Estados condenados procederem à devida investigação, identificação, processamento e punição dos responsáveis pelas violações constatadas. Em diversos deles, há menção expressa acerca da necessidade de serem instaurados processos penais, assim como dar continuidade aos que estão em andamento almejando a identificação e punição criminal dos responsáveis. O próprio teor do artigo 7.c aponta a responsabilização penal como política destinada a prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres. Especificamente no Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México o Estado foi condenado a promover reformas legislativas a fim de alterar seu código penal militar, adequando-o aos ditames da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além disso, chama a atenção a estreita ligação entre as violações aos direitos das mulheres e o desrespeito à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura já que, dos dez casos analisados, em cinco deles, quais sejam, del Penal Miguel Castro Castro *Vs*. Perú (2006), de la Massacre de las dos Erres vs. Guatemala (2009), Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010), Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012), Masacres de el Mozote y Lugares aledaños vs. El Salvador (2012), foram constatadas violações aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura, que preveem:

> Artigo 1
>
> Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.
>
> Artigo 6
>
> Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.
>
> Os Estados Partes as segurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.
>
> Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.
>
> Artigo 8
>
> Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial.
>
> Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.

E ainda, no Caso Fernández Ortega y Otros vs. México (2010), a sentença da CorteIDH também identificou violação à Convenção contra a Tortura, porém em relação aos artigos 1, 2 e 6. Nos artigos 2 e 6 consta:

> Artigo 2
>
> Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.
>
> Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.
>
> Artigo 6
>
> Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.
>
> Os Estados Partes as segurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.
>
> Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

Nesse sentido, conclui-se que os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a constatação de violações aos direitos das mulheres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adotam a responsabilização penal como forma de coibir, prevenir e reparar tais violações. No entanto, observa-se que as condenações incluem outras obrigações relacionadas ao treinamento e capacitação de agentes estatais, a promoção de programas de educação em direitos humanos e gênero, bem como a realização de atos públicos de reparação e construção de monumentos em memória das vítimas.

O sistema jurídico penal brasileiro, em que pese viva momento caótico, especialmente no que tange ao seu sistema prisional, tem adotado legislações e interpretações penais mais rígidas diante das violações de direitos das mulheres, a exemplo, do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.420, em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, que pacificou o entendimento de que a ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – afastando a anterior necessidade de representação da vítima. Outro exemplo é a edição da Lei nº 13.104/2015, que alterou o código penal e incluiu o delito de feminicídio no artigo 121, § 2º, IV, com pena de 12 a 30 anos de reclusão. Ainda sobre esse tipo penal, destaca-se a entrada em vigor da Lei nº 13.771/2018 que alterou a redação dos incisos II e III do artigo 121, § 7º e acrescentou a ele o inciso IV, com a seguinte redação:

> § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
>
> (...)
>
> II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;
>
> III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;
>
> IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Constata-se que a proteção dos direitos das mulheres atualmente está diretamente relacionada ao direito penal, que apesar de extremamente questionado, em especial pela criminologia crítica, ainda tem um simbolismo muito forte na sociedade. Afastar o direito penal da responsabilização pelas violações perpetradas em desfavor das mulheres é ir de encontro com os princípios e obrigações previstos na Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5. Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luis. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo*. Editora Sulina: Porto Alegre, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2QtId3v>. Acesso em: 20 Jan 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. In *Estudos Feministas*, Florianópolis, 14(2): 409-422, maio-agosto/2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". In *cadernos de campo*, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia e Sociedade*. vol. 27, nº. 2, Belo Horizonte maio/ago. 2015, p.256-266. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-03102015v27n2p256>. Acesso em: 28 jun. 2020.

PITCH, Tamar. Sexo y género de y em el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 435-459. Disponível em: <file:///C:/Users/dpu/Downloads/O%20Feminismo%20jur%C3%ADdico%20-%20Tamar%20Pitch.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo, en *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 19-30. Disponível em: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14202.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

[1] http://www.corteidh.or.cr/index.php/es

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRINCÍPIO ACUSATÓRIO X JUIZ INQUISIDOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO PROCESSUAL PENAL E GARANTISMO PENAL

CAMILA CAIRES RANGEL

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir os Sistemas Processuais Acusatório e Inquisitório, no intuito de esclarecer qual o sistema adotado pela Constituição Federal e também pelo Código de Processo Penal. Para isso, serão apresentadas as características marcantes dos princípios acusatório e inquisitório, de modo a explicar a relevância da constitucionalização do processo penal e no que isso acarreta para os sujeitos da relação processual, bem como destacar o papel do Garantismo Penal para resolução das incoerências.

Palavras chave: Constitucionalização. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitório. Garantismo.

Abstract: This article aims to discuss the Accusatory and Inquisitorial Procedural Systems, in order to clarify which system is adopted by the Federal Constitution and also by the Criminal Procedure Code. For this, the striking characteristics of the accusatory and inquisitorial principles will be presented, in order to explain the relevance of the constitutionalization of the criminal process and what it entails for the subjects of the procedural relationship, as well as to highlight the role of Penal Guarantee to resolve inconsistencies.

Keywords: Constitutionalization. Accusatory System. Inquisitorial System. Guarantee.

Sumário: Introdução. 1.0 Princípio acusatório. 2.0 Sistema neoinquisitivo. 3.0 Constitucionalismo processual penal. 4.0 Garantismo penal. Considerações finais

Introdução

A Constituição Federal de 1988 determina a competência do Ministério Público para promover a ação penal no art. 129, I. Com isso, cabe a ele o papel de acusador. No mesmo sentido, a Constituição determina a figura do juiz imparcial e à polícia judiciária o papel investigatório, configurando um ambiente processual predominantemente acusatório através da separação das figuras do julgador, defensor e acusador.

A figura do juiz inquisidor é incompatível com o princípio acusatório de separação das funções de acusar e de julgar. Sobretudo se relacionado com a presunção de inocência e demais princípios basilares da Constituição Federal, que é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

posterior à edição do Código de Processo Penal e precisa ser observada junto com os princípios penais.

Entretanto, o CPP, anterior à Constituição Federal, traz significativas possibilidades de atuação inquisitorial do juiz, mesmo após as reformas ocorridas, como é o caso da lei 11.690/2008 que conferiu o problemático conteúdo do art. 156, I CPP. Esse artigo possibilitou a atuação probatória do julgador e distanciou o Processo Penal da necessidade de constitucionalização, aplicando-o em conformidade com o exposto na Carta Magna e não o contrário, como se evidencia na prática (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 36-37):

> "**Art. 156**. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)"

Porém, esse cenário inquisitorial brasileiro configura um verdadeiro retrocesso, pois ocorre a união entre as funções de julgar e de acusar no mesmo sujeito, ou seja, no julgador. Ademais, caracteriza-se, sobretudo, pela parcialidade do julgador, procedimento escrito, tratamento desigual entre as partes, segredo, gestão de provas nas mãos do magistrado e prisão cautelar como regra (JÚNIOR, 2016, p. 47).

Como há inúmeras críticas no que tange à imparcialidade, competência e neutralidade do juiz no ordenamento processual, a garantia jurisdicional resta comprometida em sua base ideológica e no combate à discricionariedade.

Nesse diapasão, é de suma relevância a aplicação da garantia jurisdicional (Nemo damnetur nisi per legale iudicium) junto com a constitucionalização do processo.

Pelo o exposto, há uma grande necessidade de se abordar a problemática mencionada. Sobretudo, porque é imprescindível, no estado democrático de direito, proteger o cidadão do arbítrio do julgador. Ademais, interpretar o CPP através da constituição, para se evitar inconstitucionalidades.

Então, para que esse estudo seja atingido, será confeccionado um trabalho teórico, com pesquisa bibliográfica, análise da legislação processual penal e da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Constituição Federal de 1988 de modo a auxiliar a doutrina com um pensamento crítico acerca do tema. Visto que, a problematização gira em torno da possível inconstitucionalidade da figura do juiz inquisidor, que infelizmente encontra respaldo no código de processo penal do Brasil.

1. Princípio acusatório

O Sistema Processual Acusatório é caracterizado com a iniciativa probatória pelas partes, o juiz como um sujeito que não participa da investigação e da coleta de provas, as partes como sujeitos de direitos e deveres na mesma proporção, a publicidade processual e as decisões sujeitas a impugnações. Isso tudo é para permitir que a imparcialidade do magistrado se concretize (JÚNIOR, 2016, p. 43-44).

Esse sistema teve a sua origem na Grécia e em Roma. Nele, é conferida igualdade de armas entre as partes e o réu é tratado como sujeito e não como um objeto da relação processual (ISHIDA, 2009, p. 20).

A Carta Magna de 1988 definiu o Sistema Processual Penal como acusatório em seu art. 129, I, porque confere ao Ministério Público a função de promover a ação pública de forma privativa. Esse sistema tem como característica principal a divisão das atribuições de julgar, acusar e defender a serem desempenhadas por sujeitos distintos e não pelo magistrado. Ademais, é marcado pelos princípios da ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos e imparcialidade do juiz (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 37).

> "**Art. 129**. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"

Nesse sentido, o art. 371 NCPC expõe ser necessário o convencimento motivado do julgador no que tange à análise do conjunto probatório. Isso representou uma mudança na anterior redação do Código de Processo Civil de 1973 que constava "livre" apreciação da prova e demonstrou maior proximidade com o sistema acusatório. Após esse artigo, a análise do manancial probatório deverá respeitar os limites do ordenamento jurídico. Então, ao relacioná-lo com o art. 155 do CPP, o qual expõe a livre análise da prova para construção sentença, é defendida a tese em que o convencimento não deve ser sem motivação (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 37), conforme transcrição dos artigos abaixo:

> "**Art. 371**. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e

> indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL. Código de Processo Civil, 2015)"
>
> "**Art. 155**. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"

Entretanto, no Brasil, o sistema acusatório não é adotado em sua versão original. Visto que, há características marcantes do sistema inquisitivo, como se nota, por exemplo, nos poderes do juiz de decretar, independentemente de provocação, a busca e apreensão (art. 242, *in literis*) e condenar o réu mesmo com o pedido de absolvição pelo Ministério Público (art. 385) e demais artigos que serão analisados no decorrer do presente trabalho (JÚNIOR, 2016, p. 44):

> "**Art. 242**. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"

Ademais, é visto como há uma forte tendência pela aproximação do CPP com o sistema acusatório também na jurisprudência brasileira. Nesse contexto, o STF, na sessão do dia 14 de maio de 2015, negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 593.727, com repercussão geral reconhecida. Com isso, reconheceu que o MP possui legitimidade para realizar investigações na esfera penal, não significando as atribuições da polícia judiciária, mas tão somente conferindo poderes para que possa demonstrar os indícios de autoria e de materialidade para a Ação Pública.

Para isso, foi definido ser preciso o respeito aos direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa que esteja sendo investigada pelo Estado. Ademais, deverão ser respeitadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e as prerrogativas funcionais dos advogados e os atos poderão ser controlados pelo juiz. (RE 593727, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO).

2.0 Sistema neoinquisitivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inicialmente, cumpre analisar o sistema inquisitivo, o qual teve notória aplicação até antes de eclodir a Revolução Francesa com os seus ideais filosóficos, e foi marcado pela ausência dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade. Nele, o magistrado reúne as atribuições de julgador, acusador e defensor e o procedimento é escrito e sigiloso. Assim, o interesse da sociedade em condenar o acusado sobrepõe-se às garantias e direitos fundamentais (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 35-36).

A sua origem remonta ao direito romano, período imperial, e se fortaleceu durante a idade média. Nesse sistema, o procedimento era escrito porque não havia publicidade. Além disso, o acusado era tratado como um objeto do processo e não como um sujeito de direitos, sendo a confissão a prova mais importante, diferente do sistema acusatório, onde as provas têm o mesmo valor (ISHIDA, 2009, p. 19).

Com o Código de Napoleão, em 1808, houve a separação das fases pré-processual e pós-processual no que ficou denominado de Sistema Processual Misto. A fase antes do processo era marcada por caracteres inquisitórios, enquanto que a fase processual marcada pelo princípio acusatório. Por isso, boa parte da doutrina enquadra o sistema nacional como inquisitivo no inquérito e acusatório durante o processo. No entanto, o sistema misto é criticado, já que não existe um sistema puro, senão com predomínio de características de algum dos sistemas (JÚNIOR, 2016, p. 45).

Nesse ínterim, é notório que os sistemas adotados pelos ordenamentos jurídicos são mesclados de elementos de ambos os conjuntos, seja o acusatório ou o inquisitório, mas marcado por um princípio fundante. No Brasil, há quem preconize ser predominantemente acusatório, com base na determinação do art. 129, I, CF. Contudo, é forte a doutrina que entende existir o sistema neoinquisitório, baseado no juiz inquisidor. Sobretudo, porque esse juiz encontra respaldo para atuar como verdadeiro acusador diante de várias determinações do CPP (JÚNIOR, 2016, p. 45).

No Código Processual há inúmeras passagens com marcas notoriamente inquisitivas. Para uma melhor compreensão dessa situação, basta uma simples leitura dos artigos 156, II e 385, como exemplo, desse código. O art. 156, II permite ao juiz produzir provas para sanar dúvidas, ao invés de absolver o réu e art. No mesmo sentido, o art. 385 do CPP concede a possibilidade de condenação mesmo que o MP tenha opinado pela absolvição, todos expostos a seguir:

> "**Art. 156**. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

> II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"
>
> "**Art. 385**. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"

Assim, o processo penal tem o princípio inquisitivo como fundante. Como o sistema inquisitivo teve grande repercussão entre os séculos XII até XIV, a doutrina opta pela expressão "neoinquisitivo". Além disso, a fase processual não é acusatória, como defendem os adeptos do sistema misto, onde a fase do inquérito é inquisitorial e a fase processual é acusatória. É, por outro lado, uma fase predominantemente com o juiz inquisidor, com poderes instrutórios e distanciados da imparcialidade característica do princípio acusatório (JÚNIOR, 2016, p. 47-48).

Nesse diapasão, o art. 310, II CPP confere o poder de ofício magistrado de converter a prisão flagrancial em preventiva, o art 209 o poder de ouvir testemunhas não indicadas, o art. 196 de interrogar novamente o réu e o art. 383 a opção de alterar a classificação jurídica do fato, dentre outras inúmeras passagens do código:

> "**Art. 310**. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"
>
> "**Art. 209**. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. (...) (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"
>
> "**Art. 196**. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941)"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "**Art. 383**. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). (...)"

3.0 Constitucionalismo processual penal

A CF de 1988 dispõe que o sistema processual adotado é o acusatório. Assim, ele deverá estar pautado, sobretudo, nos princípios da imparcialidade, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, igualdade processual, iniciativa das partes, motivação das decisões, publicidade, duplo grau de jurisdição, devido processo legal e o juiz natural. Como são muitos os resquícios do sistema inquisitorial no Brasil, faz-se imprescindível compatibilizar os dispositivos do Código de Processo Penal com a CF, de modo a rechaçar todos aqueles contrários ao cenário acusatório e próximos do inquisitório (JÚNIOR, 2016, p. 49).

A determinação constitucional, apesar de não ser expressa pela adoção do sistema acusatório, isso é extraído através da interpretação sistemática da Constituição. Afinal, a transição do sistema inquisitivo para o acusatório foi marcado pela supremacia da democracia e valorização da dignidade da pessoa humana, em detrimento de uma organização autoritária que vigorava na estrutura política do Estado, conforme análise dos princípios norteadores transcritos no parágrafo anterior (JÚNIOR, 2016, p. 93).

Assim, o Código de Processo Penal de 1941 traz o caráter autoritário da sua época na política e traços efetivamente inquisitórios, enquanto que a CF em 1988 conferiu amplas garantias ao indivíduo e determinou que o processo seria um meio para garantir direitos e deveres com a adoção do devido processo penal constitucional, que busca concretizar um justiça igualitária para ambos os litigantes (OLIVEIRA, 2013, p. 8-9).

Então, deverá ser feita uma leitura constitucional de todos dispositivos do CPP para que a Carta Magna seja cumprida e o princípio acusatório alcançado. Para isso, não será permitido que o juiz exerça as funções do Ministério Público no oferecimento da acusação e a iniciativa probatória pelo julgador deverá se limitar apenas a sanar duvidas sobre o material já levado pelas partes ao processo (OLIVEIRA, 2013, p. 11).

4.0 Garantismo penal

A doutrina de garantias do mestre italiano Luigi Ferrajoli baseia-se, fundamentalmente na necessidade de garantir os direitos fundamentais dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cidadãos estabelecidos na Constituição do Estado. Dessa forma, a produção e a interpretação das leis devem estar em conformidade com os princípios e as regras oriundos da Carta Magna. Essa delimitação, ao passo que visa coibir os excessos cometidos pelo poder punitivo do estado, também impede a impunidade, pois promove a aplicação da eficiência e segurança (FISCHER, 2011, p. 4-6).

Afinal, "desta garantia deriva que ninguém pode ser condenado senão em virtude de uma sentença firme ditada por um juiz ou tribunal competente, sob os marcos estabelecidos legalmente". (BUSATO, 2012, p. 247).

Para Ferrajoli, as garantias que orientam o Direito Penal e Direito Processual Penal são formadas a partir da adoção de dez princípios fundamentais. São eles: Princípio da Retributividade, Princípio da Legalidade, Princípio da Necessidade, Princípio da Lesividade, Princípio da Materialidade/Exterioridade da Ação, Princípio da Culpabilidade, Princípio da Jurisdicionariedade, Princípio Acusatório, Princípio do Ônus da Prova e Princípio do Contraditório (FERRAJOLI, 2000 apud FISCHER, 2011, p. 4-5).

Nesse diapasão, a totalidade dos poderes e instituição do Estado, em especial o Ministério Público e o Juiz, estão sujeitos ao sistema garantista. Então, cabe ao MP exercer a função estabelecida na Constituição Federal de acusador e ao magistrado o papel de julgador. Desse modo, apenas os dispositivos do direito material e processual penal que estejam em conformidade com a determinação constitucional, serão observados (FISCHER, 2011, p. 5).

Considerações finais

O Sistema Processual Acusatório tem raízes históricas na Grécia e em Roma, sendo pautado no juiz afastado da iniciativa probatória e investigativa. Ao passo que, as partes, recebem tratamento igualitário na relação do litígio. Além disso, o processo caracteriza-se pela publicidade e possibilidade das decisões seres impugnadas.

Nesse ínterim, a Carta Magna de 1988, marcada pela democracia, estabelece que o Sistema Processual Penal, no Brasil, é baseado no princípio acusatório. Visto que, no art. 129, I confere ao Ministério Público o papel de acusador, com a legitimidade para a promoção da ação penal pública. Ao juiz, por sua vez, determina a obrigatoriedade pela imparcialidade no julgamento e à polícia judiciária o papel de investigador. Com isso, nota-se a clara separação entre as funções do julgador, acusador, defensor e, até, investigador.

Do mesmo modo, com a influência constitucional, a jurisprudência do STF, em 2015, reconheceu a possibilidade do Ministério Público investigar para a coleta de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indícios suficientes de autoria e materialidade para ação penal, sem que isso interfira no papel da polícia judiciária, já que compartilha de sua atribuição.

Diametralmente oposto ao Sistema Acusatório, há o Sistema Inquisitivo, que confere amplos poderes ao magistrado para julgar e acusar, valorizando a condenação do acusado em detrimento dos princípios da imparcialidade, da ampla defesa e do contraditório. Essas características foram influenciadas pela época de sua maior aplicação: Idade Medieval. No entanto, muitos traços são observados no atual Código de Processo Penal datado de 1941, que não mais se coaduna com os princípios constitucionais, atualmente voltados para a valorização da dignidade da pessoa humana.

Por isso, é preciso realizar uma leitura constitucional do arsenal inquisitorial contido no CPP para que os direitos e as garantias fundamentais, notadamente acusatórias, sejam concretizadas. Nesse sentido, haverá a proibição da atuação do juiz inquisidor, de modo que a iniciativa probatória será limitada a solucionar dúvidas baseadas nas provas já produzidas pelas partes, e não por ele.

Na mesma linha, o Garantismo Penal do mestre Luigi ferrajoli deverá ser utilizado para promover a constitucionalização processual penal. Visto que, é preciso observar os princípios da Retributividade, Legalidade, Necessidade, Lesividade, Materialidade, Culpabilidade, Jurisdicionariedade, Princípio Acusatório, do Ônus da Prova e do Contraditório. Sobretudo, porque somente nesse caminho acredita-se que as normas processuais penais serão compatibilizadas com o atual cenário de igualdade e tratamento do acusado como um sujeito de direitos, ao invés de objeto da relação processual.

Referências bibliográficas

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. Lei 13.205, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593727. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M Acesso em: 16 ago. 2016

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de Direito penal brasileiro**. Curitiba: Paulo César Busato, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoria del Garantismo Penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.

FISCHER, Douglas. **O Sistema Acusatório Brasileiro à Luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.

Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf Acesso em: 16 ago. 2016

GLASER, André Luiz. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2013, p. 1-86. Disponível em: http://anhanguera.com Acesso em: 03 mar. 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**: de acordo com a reforma processual penal: leis nº 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08, 11.767/08, 11.900/09, PL 1.914/07 e regras do novo acordo ortográfico. São Paulo: Atlas, 2009.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

EMPREGADO PÚBLICO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ITALO GONCALVES MATOS: Graduado em Direito pela UFERSA. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Damásio Educacional. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar a possibilidade de contratação de empregados em comissão por parte de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz dos dispositivos constitucionais e da jurisprudência pátria. O trabalho é desenvolvido em quatro tópicos centrais. No primeiro, realiza-se uma análise acerca do vínculo jurídico entre as espécies de agentes públicos e a Administração Pública, com base na legislação e conceitos doutrinários. Em seguida, são examinados os contornos próprios do regime jurídico híbrido das empresas estatais, notadamente sobre as entidades que atuam em regime concorrencial. Ato contínuo, é realizado uma breve digressão sobre as formas de investidura que excepcionam a regra do concurso público no âmbito da Administração Pública. Por fim, é exposto o cenário jurisprudencial, com ênfase na posição dominante na SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, o trabalho fornece ao leitor elementos utilizados pelas Cortes nacionais para embasar o instituto do emprego público em comissão sem que haja autorização legiferante.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas públicas. Sociedades de economia mista. Concurso público. Empregado público em comissão. Autorização legal. Desnecessidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Agentes públicos na ordem jurídica constitucional. 3. Regime jurídico híbrido das empresas estatais e necessidade de concurso público. 4. Exceções constitucionais ao concurso público. 5. Empregados públicos em comissão à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. 6. Conclusão. 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A Lei 13.303/16, regulamentando o art. 173, §1º da CF/88[1], tratou de diversos aspectos sobre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, a exemplo da fixação de regramento específico sobre licitações e contratos.

Dentre vários temas importantes que permeiam o regime jurídico das empresas estatais, a possibilidade de admissão de empregados públicos em comissão vem ganhando contornos mais claros pelo Judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A controvérsia possui origem na previsão constitucional que admite a existência de cargos em comissão para o exercício de atribuições de chefia, direção e assessoramento no âmbito da Administração Pública. Trata-se de hipótese que excepciona a regra constitucional da realização de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II e V da CF/88)[2].

Tendo em vista as distinções conceituais entre cargo e emprego, infere-se que o permissivo constitucional não autoriza expressamente a possibilidade de admissão de empregados públicos em comissão no âmbito das empresas estatais.

Com efeito, a nebulosidade do tema suscita calorosos embates no Judiciário, notadamente em relação à necessidade de autorização legislativa para a criação dos empregos.

Se por um lado há quem sustenta a admissibilidade do instituto sem que haja necessidade de lei prévia, tendo em vista o regime jurídico próprio das empresas estatais, por outra banda subsiste a vertente que apresenta forte resistência, com amparo em uma interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais.

O presente trabalho tem o escopo de analisar o atual cenário jurisprudencial, com ênfase no posicionamento da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, acerca da possibilidade ou não de contratação de empregados públicos em comissão, independentemente de disposição legal.

Assim, a pesquisa tomou por base a análise de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, o estudo de fontes doutrinárias para elucidar conceitos de institutos que gravitam a temática, bem como em decisões jurisprudenciais de tribunais regionais, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

2.AGENTES PÚBLICOS NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

O termo "agentes públicos", analisado em sentido amplo, consiste no conjunto de indivíduos que desempenham as atividades administrativas, seja transitoriamente, seja permanentemente, ainda que sem remuneração. É nesse sentido, inclusive, que o legislador positivou ao dispor sobre normas para fins de responsabilização por atos de improbidade administrativa, conforme o art. 2º da Lei 8.429/92[3].

Trata-se, portanto, de expressão genérica da qual são espécies os agentes políticos, os particulares em colaboração e os servidores públicos. Cumpre destacar que os servidores públicos integram a ampla maioria daqueles que desempenham as atribuições no âmbito da estrutura orgânica da Administração Pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme lição de Neiva, Piton, Soutinho e Souza (2020, p.16):

> Servidor público consiste em gênero, correspondendo aos trabalhadores que estabelecem vínculo de natureza profissional com a Administração Pública. Cada uma das espécies de servidor público será determinada pela natureza da relação jurídica estabelecida com o ente público à qual pode corresponder a um vínculo de natureza institucional-estatutária, empregatício ou contratual-temporário.

Verticalizando o tema, infere-se que os servidores públicos estatutários são regidos por regramentos funcionais próprios, inexistindo uma relação contratual. Nessa perspectiva, Carvalho Filho (2014, p.621) assevera que o regime estatutário é caracterizado pela pluralidade normativa, posto que cada ente federativo possui a competência para editar uma lei com o fim de disciplinar a relação jurídica funcional entre as partes.

Por sua vez, os servidores temporários ostentam um vínculo de natureza contratual-temporária, com arrimo no art. 37, IX da CF/88[4]. Consiste em uma modalidade de contratação excepcional com o fito de suprir uma carência temporária de pessoal, visando, em última análise, satisfazer o interesse público.

Com a finalidade de evitar abusos e práticas tendentes a burlar a regra do concurso público (art. 37, II da CF/88), o Supremo Tribunal Federal (ADI 2.229) estabeleceu condicionantes para as contratações temporárias, a saber: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

Integrando a terceira espécie de agentes públicos, os empregados públicos são caracterizados pelo vínculo de natureza contratual com o Poder Público, regidos pela legislação trabalhista. Desse modo, em se tratando de relação empregatícia, restam configurados os requisitos elencados no art. 3º da CLT[5], notadamente a pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

Assim, ao contrário dos servidores estatutários, Carvalho Filho (2014, p.623) aponta que a relação empregatícia é caracterizada pelo princípio da unicidade normativa, tendo em vista que o complexo de normas que rege a referida relação encontra-se disposto num único diploma, qual seja, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Antes de passar ao imbróglio que gravita em torno da admissão de empregados públicos em comissão no âmbito das empresas estatais, é imperioso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adentrar nos aspectos ligados ao regime jurídico das referidas entidades empresariais.

3.REGIME JURÍDICO HÍBRIDO DAS EMPRESAS ESTATAIS E NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO

As entidades da Administração Pública Indireta resultam de um processo de descentralização, ostentando personalidade jurídica própria, com o fito de obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em determinadas atividades essenciais ao interesse público.

Especificamente sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades com personalidade jurídica de direito privado, o Poder Constituinte estabeleceu a necessidade de lei específica que autorize a instituição, conforme preceituado no art. 37, XIX da CF/88[6].

É certo que as empresas estatais necessitam de um quadro de pessoal capacitado para o desempenho das atividades para as quais foram criadas, sobretudo quando atuam concorrencialmente no mercado explorando atividades econômicas (art. 173, *caput* da CF/88). Logo, deve-se rechaçar eventuais ingerências pessoais que favorecem interesses momentâneos dos gestores ou dirigentes.

Assim, conquanto necessitem de maior flexibilidade para atuar no mercado, o regime das empresas estatais está submetido a influxos de preceitos do regime publicista. Sobre o assunto, Carvalho Filho (2014, p. 968) explica:

> Apesar de pessoas privadas, essas entidades sujeitam-se às regras de vinculação com a respectiva Administração Direta; obrigam-se à prestação de contas ministerial e ao Tribunal de Contas, tanto quanto a própria Administração; só podem recrutar mediante concurso público de provas ou de provas e títulos; obedecem ao princípio da obrigatoriedade de licitação, e outras tantas normas de direito público, não aplicáveis, obviamente, às empresas da iniciativa privada. Há, portanto, um regime híbrido, pelo qual, de um lado, sofrem o influxo de normas de direito privado quando explorando atividades econômicas, e de outro submetem-se a regras de direito público quanto aos efeitos decorrentes de sua relação jurídica com o Estado.

Tendo em vista esse regime jurídico híbrido, tais agentes observarão, por exemplo, o teto remuneratório, salvo os empregados das empresas estatais não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dependentes do orçamento (art. 37, §9º da CF/88[7]). Ademais, há expressa vedação acerca da acumulação de empregos públicos com outros empregos, cargos ou funções públicas, ressalvadas hipóteses expressas no próprio Texto Político (art. 37, XVII da CF/88[8]).

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal possui farto acervo jurisprudencial agasalhando a tese que submete as entidades da Administração Indireta aos ditames do art. 37, II da CF/88:

> A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas – art. 173, §1º, II da CF/88 - **não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CF/1988, que se refere à investidura em cargo ou emprego público**.[AI 680.939 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 27-11-2007, 2ª T, DJE de 1º-2-2008.]
>
> Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.** [MS 21.322, rel. min. Paulo Brossard, j. 3-12-1992, P, DJ de 23-4-1993.]

Por conseguinte, não restam dúvidas sobre a necessidade de prévia aprovação a concurso para a admissão de empregados públicos, ainda que não gozem da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88 [9] nem possuam suas relações jurídicas regidas por um estatuto funcional próprio.

4.EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CONCURSO PÚBLICO

Previsto expressamente no art. 37, II da CF/88, a necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos para fins de investidura em cargos ou empregos públicos é imperativo aplicável às entidades empresariais estatais. Não obstante, o dispositivo em comento excepciona expressamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

investidura para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, silenciando a respeito dos empregos em comissão.

Complementando a norma mencionada, o inciso V do art. 37 da CF/88, com redação alterada pela Emenda Constitucional 19/98, determina que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Por sua vez, as funções de confiança estão reservadas exclusivamente a servidores ocupantes de cargo efetivo.

Não obstante o permissivo constitucional, o preenchimento dos cargos comissionados deve possuir condicionantes, sob risco de subverter a lógica estatuída pelo Texto Político. Interpretando o dispositivo, o Supremo Tribunal Federal elencou os seguintes requisitos:

> Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. (...) Fixada a seguinte tese: a**) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado**; **c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar;** e **d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.** [RE 1.041.210 RG, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-9-2018, P, *DJE* de 22-5-2019, Tema 1.010]

É nítido o objetivo de blindar o texto de interpretações que extrapolem a finalidade para a qual foi inserido, posto que, por se tratar de norma que excepciona a regra, deve ser interpretado restritivamente.

No entanto, ante a inexistência de vedação constitucional explícita, determinadas empresas estatais passaram a admitir empregados públicos em comissão para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, tendo em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vista as necessidades decorrentes da atuação em concorrência com empresas privadas, o que requer maior celeridade e flexibilidade na tomada de decisões.

5.EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O legislador federal, dispondo sobre o regime funcional dos servidores públicos federais, conceituou cargo público (art. 3º, *caput* da Lei 8.112/90) como "*o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor*".

No que atine ao emprego público, Carvalho Filho (2014, p.633) aduz que a expressão denota a relação funcional trabalhista. Com efeito, cargo e emprego não se confundem. Assim, embora exerçam funções públicas, os empregados públicos não ocupam cargo propriamente dito nem gozam da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88.

É necessário atentar, ainda, que o art. 61, §1º, II, "a" da CF/88 [10] reservou ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica. Trata-se de manifestação do princípio da reserva legal, aplicável por simetria aos demais entes políticos.[11]

Considerando as distinções terminológicas e por meio de uma interpretação restritiva do texto constitucional, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, nos autos do processo nº 0000425-53.2019.5.10.0003, possui precedente no sentido de que o texto constitucional não autoriza o emprego público em comissão. Vejamos:

> EMPRESA PÚBLICA. EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO. A interpretação do artigo 37, inciso II, da CF, deve ser no sentido de que apenas na hipótese do exercício de cargo em comissão, por servidor, na Administração Direta, a regra do concurso cede espaço a esse modo de ingresso no poder público, lateral e excepcional. Em síntese, cargo não é sinônimo de emprego, sendo que o legislador reservou a natureza de confiança ou em comissão aos cargos públicos, os quais estão circunscritos ao âmbito da Administração Direta. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Em sentido contrário, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região possui decisão que reconhece a figura dos empregados públicos comissionados:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ementa: SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO: DISPENSA. EFEITOS. A peculiaridade do emprego público comissionado, de livre nomeação e exoneração, atrai as regras do artigo 37 da Constituição à incidência da CLT, para assim considerar que a demissão ad nutum não pode surtir efeitos iguais àquela operada quanto aos empregos públicos providos após prévia aprovação em concurso público. Processo 000077673.2016.5.05.0034, Origem PJE, Relator(a)Desembargador(a) HUMBERTO JORGE LIMA MACHADO, Terceira Turma, DJ 26/09/2019

É pertinente atentar que, contrariando o argumentos daqueles que sustentam a inexistência de empregos públicos em comissão em razão da ausência de previsão constitucional no art. 37, II da CF/88, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) menciona a expressão "empregos de confiança ou em comissão" ao tratar da estabilização prevista no art. 19:

> Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.
>
> § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.
>
> § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e **empregos de confiança ou em comissão**, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

Em que pese a transitoriedade de alguns dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não se nega a natureza jurídica de norma constitucional. Sob essa perspectiva, a 1ª Turma da Suprema Corte já expressou a inexistência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desigualdade quanto à intensidade da eficácia entre as normas do ADCT e os dispositivos contidos no corpo do texto constitucional.[12]

Avançando sobre o tema, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, em recente julgado, não apenas entendeu ser possível a admissão de empregados em comissão, como também destacou que as empresas públicas e as sociedades de economia mista prescindem de expressa autorização legal para tanto:

> **Empresa pública e sociedade de economia mista. Contratação de pessoal para emprego em comissão regido pela CLT. Expressa autorização de lei. Desnecessidade**. As empresas públicas e as sociedades de economia mista prescindem de expressa autorização de lei para admitir trabalhadores em empregos em comissão (chefia, assessoramento e direção), sob o regime da CLT. Tais entidades submetem-se a um regime jurídico híbrido, caracterizado pela dinamicidade que necessitam para o desenvolvimento de suas atividades (regime próprio das empresas privadas) e pela observância das normas de Direito Público naquilo em que a Constituição expressamente determine. **Assim, a própria Carta Magna, ao dispor sobre a investidura em cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso, ressalvou as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF), além de limitar a exigência de necessidade de lei para a criação de cargos, funções e empregos públicos à Administração direta e autárquica (art. 61, § 1º, II, "a", da CF), não alcançando, portanto, os entes empresariais estatais**. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento, mantendo, portanto, o acórdão turmário que conhecera do recurso de revista da União, por violação do art. 173, § 1º, II, da CF, e no mérito, dera-lhe provimento para afastar a ilegalidade reconhecida pelo TRT quanto à criação de empregos em comissão no âmbito da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais – CPRM, sem amparo em lei. (TST-E-RR-567-67.2013.5.10.0003,SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 7.11.2019)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No caso em tela, a Corte trabalhista considerou que, por estarem submetidas a um regime jurídico híbrido, pautado pela dinamicidade das atividades concorrenciais e por influxos de normas publicistas, não há falar em necessidade de previsão legal para a ocupação de empregos em comissão, sob risco de comprometer a celeridade nas tomadas de decisões frente às necessidades das empresas estatais que atuam concorrencialmente no mercado.

Ademais, restou consignado que o art. 37, II da CF/88 apenas limita a exigência de necessidade de lei para a criação de cargos, funções e empregos públicos à Administração direta e autárquica (art. 61, § 1º, II, "a", da CF), comando não direcionado às empresas públicas e sociedades de economia mista.

É oportuno apontar a ressalva acerca da necessidade de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, prevista no inciso II do §1º art. 169 da CF/88, no caso de criação de cargos, empregos e funções no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista:

> Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.
>
> § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a **criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras**, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
>
> I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;
>
> II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, **ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.**

Tal posicionamento possui amparo em decisão do Tribunal de Contas da União, conforme excerto colacionado abaixo:

> [...] seria um contra-senso imaginar que o legislador decidiu que a criação de cargos em comissão em Sociedades de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Economia Mista que desempenham atividades econômicas só é cabível por meio de lei e, ao mesmo tempo, nestas mesmas Sociedades, houve por bem não submeter à lei a criação de empregos públicos - obviamente bem mais numerosos que os cargos em comissão. [...] (Processo nº 017.446/2000-7, Rel. Min. Benjamim Zymler, 2ª Secretaria de Controle Externo, Sessão de 6/3/2002)

No mesmo sentido, Ilmar Galvão (2009, p. 511) destaca que os referidos contratos devem possuir cláusula de fidúcia de forma expressa, sob pena de nulidade do ato. Trata-se, portanto, de elemento que o distingue dos contratos permanentes precedidos de concurso. Em arremate, aduz:

> O emprego de confiança, de previsão constitucional, está para as empresas estatais, assim como o cargo em comissão está para a Administração direta, as autarquias e as fundações de direito público, destinando-se ao recrutamento de servidores tecnicamente qualificados e que gozem de confiança específica dos dirigentes a que estarão subordinados.

Com efeito, deve-se ter em vista que o permissivo não autoriza contratações de forma arbitrária, devendo haver congruência com os princípios da moralidade, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência. Com arrimo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Corte trabalhista pontuou:

> [...] se a criação de cargos em comissão na Administração direta deve restringir-se ao percentual mínimo necessário para a movimentação eficiente da máquina administrativa, como inclusive já decidido pelo Excelso STF (RE 365368 AgR/SC, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29.06.2007), a mesma lógica deve pautar a criação de empregos públicos comissionados nas empresas estatais [...](TST-E-RR-567-67.2013.5.10.0003,SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 7.11.2019)

Essa interseção dos empregos em comissão com o julgado da Suprema Corte que estabeleceu condicionantes à criação de cargos em comissão, *mutatis mutandis,* parece ser consentâneo ao interesse público primário e secundário, uma vez que, sem desfigurar as peculiaridades do regime jurídico conferido às estatais, impõe limites para conter eventuais abusos do instituto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, ainda que dispensada a autorização legiferante, a investidura deve ser restrita aos postos de trabalho nos quais a relação de fidúcia com a administração da empresa estatal seja extremamente necessária, rechaçando a desvirtuação para o exercício de funções meramente burocráticas ou operacionais.

Nessa ótica, em consonância com a decisão da Seção I de Dissídio Individuais do TST, parece ser o juízo mais razoável a admissão de empregados em comissão com base em atos internos das empresas estatais. Resta aguardar a manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca do tema proposto, com o fito de estabilizar a controvérsia e conferir segurança jurídica ao tema.

6.CONCLUSÃO

Diante dos pontos expostos no presente trabalho, à luz da jurisprudência pátria, conclui-se pela possibilidade de admissão de empregados públicos em comissão no âmbito das empresas estatais, sendo prescindível a expressa autorização legal.

Com efeito, ainda que louvável a expressa previsão na própria lei autorizadora das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, entende-se ser suficiente a disposição da matéria em regulamento ou demais atos de caráter interno.

No entanto, tais contratações devem ser restritas ao desempenho de funções que exijam uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o nomeado, proporcionando a dinamicidade das atividades exercidas pelas empresas estatais, sob pena de nulidade do ato.

7.REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 de maio de 2020

____. Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> . Acesso em: 21 de maio de 2020

____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.229. Relator: Min. Carlos Velloso. Plenário. Brasília, DF, 09 de junho de 2004. Dje.25 jun. 2004. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> Acesso em: 22 de maio de 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº **2.029**. Relator: Ricardo Lewandowski. Plenário. Brasília, DF, 04 de junho de 2007. DJE.24 ago. 2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> Acesso em: 22 de maio de 2020

____. Supremo Tribunal Federal. AI nº 680.939 AgR. Relator: Min. Eros Grau. 2ª Turma. Brasília, DF, 27 de novembro de 2007. DJE. Brasília, 01 fev. 2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> Acesso em: 22 de maio de 2020

____. Supremo Tribunal Federal. RE 160.486, Relator: Min Celso de Mello.1ª Turma. Brasília, DF, 11 de outubro de 1994. DJE. 09 jun.1995. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 22 de maio de 2020

____. Supremo Tribunal Federal. RE 1.041.210 RG. Tema 1.010. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de setembro de 2018. DJE. 22 mai. 2019. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 22 de maio de 2020

____. Tribunal de Contas da União. Decisão 158/2002. Relator: Min. Benjamim Zymler. 2ª Secretaria de Controle Externo. Brasília. DF. 06 mar.2002. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1744620007.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=0635efa0-9c56-11ea-b1d7-c3153a4ae674>. Acesso em: 21 de maio de 2020

____. Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região. Acórdão. Processo nº 0000425-53.2019.5.10.0003. Relator: Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf >. Acesso em: 20 de maio de 2020

____. Tribunal Regional do Trabalho - 5ª Região. Acórdão. RO nº 0000776-73.2016.5.05.0034, Terceira Turma. Relator: HUMBERTO JORGE LIMA MACHADO. Salvador, 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/jurisprudencia> Acesso em: 20 de maio de 2020

____. Tribunal Superior do Trabalho - SBDI-I. Acórdão. E-RR nº 567-67.2013.5.10.0003. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/> Acesso em: 20 de maio de 2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**: revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014. 28. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2015

GALVÃO, Ilmar. **Empregos de Confiança nas Empresas Estatais.** Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3440/3564> Acesso em: 23 de maio de 2020

NEIVA, Rogério; PITON, Wendel; SOUTINHO, Bruno; SOUZA, Caio. **Direito e Processo do Trabalho**: aplicados à administração e fazenda pública. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOTAS:

[1] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

[2] 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:[...] 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; [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[3] Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

[4] Art.37, IX da CF/88 - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

[5] Art. 3º, *caput* da CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

[6] Art. 37, XIX da CF/88 - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

[7] Art. 37, § 9º da CF/88 - O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

[8] Art. 37, XVII da CF/88 - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

[9] Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

[10] Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:[...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

[11] Lei estadual que dispõe sobre a situação funcional de servidores públicos: iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, a e c, CR/1988). Princípio da simetria.[ADI 2.029, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2007, P, DJ de 24-8-2007.]

[12] RE 160.486, Rel. Min. Celso de Mello, j.11.10.1994, 1ª Turma, DJ de 09.06.1995.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA (IM) POSSIBILIDADE DE RENEGOCIAÇÃO DOS ALUGUEIS EM RAZÃO DA PANDEMIA DO CORONA VÍRUS.

IGOR VEIGA CARVALHO PINTO TEIXEIRA:
Advogado em Juiz de Fora. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

Desde a chegada da pandemia causada pelo vírus sars cov 2, popularmente conhecido como COVID 19 (coronavírus) diversos estabelecimentos comerciais foram fechados ou tiveram o horário de funcionamento reduzido por determinação do Poder Público.

Além das restrições de funcionamento, o movimento caiu drasticamente por medo de contrair o vírus, sem contar a queda de renda ocasionada pelo desemprego, insegurança quanto aos efeitos futuros da crise e a diminuição dos serviços em geral.

De acordo com levantamento feito pelo SEBRAE[1], ainda no início da pandemia, o faturamento de 89% das micro e pequenas empresas caiu, situação que vem sendo agravada com o passar dos meses, sem qualquer previsão de normalização da situação no país.

No intuito de auxiliar os empresários na gestão da crise, o Governo editou atos visando diminuir os efeitos da pandemia como a redução da jornada de trabalho e do salário de forma proporcional, suspensão dos contratos de trabalho e o oferecimento de crédito aos empresários. Todavia, o acesso ao crédito, sobretudo aos pequenos empresários está muito difícil, pelas exigências dos bancos, ocasionadas pelo medo da inadimplência e incertezas sobre a duração do isolamento social.

Diante da situação atual, fica praticamente impossível o já sacrificado empresário brasileiro arcar com os custos operacionais e ainda obter o lucro necessário para sua sobrevivência.

Apesar das medidas anunciadas pelo Poder Público, nenhuma medida foi tomada para minorar o efeito da crise em relação aos alugueis, que tem peso relevante no custo de diversos empresários.

Entretanto, existe uma solução legal para minorar o problema, a chamada "ação revisional de aluguel", prevista no Art. 68[2] da Lei do Inquilinato (Lei Federal 8.245/91). Cumpre transcrever o dispositivo legal para uma maior elucidação do tema:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009

I - além dos requisitos exigidos pelos arts. 276 e 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial deverá indicar o valor do aluguel cuja fixação é pretendida;

II – ao designar a audiência de conciliação, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos tanto pelo locador como pelo locatário, ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, que será devido desde a citação, nos seguintes moldes: (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)

a) em ação proposta pelo locador, o aluguel provisório não poderá ser excedente a 80% (oitenta por cento) do pedido; (Incluída pela Lei nº 12.112, de 2009)

b) em ação proposta pelo locatário, o aluguel provisório não poderá ser inferior a 80% (oitenta por cento) do aluguel vigente; (Incluída pela Lei nº 12.112, de 2009)

III - sem prejuízo da contestação e até a audiência, o réu poderá pedir seja revisto o aluguel provisório, fornecendo os elementos para tanto;

IV – na audiência de conciliação, apresentada a contestação, que deverá conter contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido, o juiz tentará a conciliação e, não sendo esta possível, determinará a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento; (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)

V – o pedido de revisão previsto no inciso III deste artigo interrompe o prazo para interposição de recurso contra a decisão que fixar o aluguel provisório. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 1º Não caberá ação revisional na pendência de prazo para desocupação do imóvel (arts. 46, parágrafo 2° e 57), ou quando tenha sido este estipulado amigável ou judicialmente.
>
> § 2º No curso da ação de revisão, o aluguel provisório será reajustado na periodicidade pactuada ou na fixada em lei.

Cumpre ressaltar, que a lei é aplicável não somente em momento da pandemia, mas toda vez que o valor contratual do aluguel fica distante do valor de mercado do imóvel.

Com o advento do isolamento social, certamente os pontos comerciais tiveram o valor reduzido, por conta da lei da oferta e procura. Portanto, em caso de ausência de acordo com o proprietário, o inquilino pode conseguir em sede de liminar a redução de até 20% do valor contratual (art. 68, II, "a" da Lei 8.245/91). No momento atual, qualquer redução de custo será bem vinda ao empresário e auxiliar na manutenção do estabelecimento com a consequente geração de riqueza, manutenção de empregos e pagamento de tributos aos cofres públicos.

Ademais, nada impede o acordo entre as partes no âmbito judicial, o que na prática forense é muito mais comum que o acordo feito extrajudicialmente, bem como a fixação através de sentença de valor inferior a 80% da previsão no ajuste locatício.

Por oportuno, em caso de procedência da ação, a redução retroagirá a citação (ato do processo que comunica a existência do mesmo ao réu e oferece prazo para a sua defesa).

Concluindo, a ação revisional de aluguel pode se tornar um importante instrumento de auxílio aos empresários afetados de forma drástica pela crise financeira e sanitária vivida atualmente no Brasil, com a consequente diminuição do desemprego e efeito menos drásticos a arrecadação do Estado.

Direito Constitucional.

NOTAS:

[1] Matéria Públicada no site economia.uol.com.br, disponível em https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/02/coronavirus-89-dos-pequenos-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

negocios-tem-queda-no-faturamento-diz-sebrae.htm , retirado em 02 de julho de 2020 às 19 e 35.

[2] Trecho retirado do site planauto.gov.br, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm retirado em 02 de julho de 2020 às 21:16.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O RESGATE DO BRASIL E DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

THIAGO DOS SANTOS DIAS: Advogado e professor, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014). Especialista em Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Tem experiência na área de Direito Público, especialmente Direito Internacional Público e Direito Constitucional. É autor do livro "O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: o Brasil na ONU".

Um país subdesenvolvido e parcialmente afastado do sistema internacional há algumas décadas tomou uma atitude que ainda hoje desafia os estudiosos do Direito Internacional e das Relações Internacionais. Percebendo que em uma organização internacional estavam a discutir o país-sede para uma grande conferência internacional, o Estado, até então visto como pária pelos outros países, decide se aventurar numa candidatura para sediar o evento e demonstrar ao mundo que poderia ser diferente. Após uma árdua campanha, escolhido, organizou aquela que foi a maior conferência internacional do século XX, o tema era Meio Ambiente e Desenvolvimento, a cidade era o Rio de Janeiro, Brasil.

A Constituição Federal de 1988 em todo o seu texto determina uma série de condutas ao povo brasileiro, ao que, e.g., dispõe no artigo 3º, II, o objetivo fundamental de "garantir o desenvolvimento nacional", bem como em seu artigo 4º, IX, prevê que o país atuará nas suas relações internacionais sob uma série de princípios, entre eles o da "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade", ademais da exaustiva previsão constitucional do desenvolvimento sustentável e a defesa do meio ambiente. À luz da redação constitucional e da tradição da política externa brasileira que contribuiu para a elaboração do Direito Ambiental Internacional e para o desenvolvimento econômico do país, verificamos que as condutas do país estão afetando a imagem do Brasil e quais podem ser os prejuízos sofridos pela conduta da política interna e externa, nos remetendo ao histórico da política externa nacional nas organizações internacionais e sua contribuição na formulação de um Direito Ambiental que traz louros ao país seja nas negociações diplomáticas quanto na atração de investimento estrangeiro direto.

Desde a divulgação da reunião ministerial ocorrida no dia 22 de abril, muito se especulou sobre quais seriam as reais intenções de alguns dos ministros do governo atual ou do chefe do Executivo. A mera indagação de parte de falas como a do ministro do Meio Ambiente sobre uma eventual flexibilização da legislação ambiental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

gerou repercussões internacionais que podem ser indesejadas ao país na seara política e econômica. Neste ponto não podemos ignorar que determinados Estados ou Blocos internacionais observam o Brasil com interesses específicos, especialmente na área comercial, como é o caso da União Europeia que, em que pese tenha assinado o acordo comercial com o Mercosul em 2019, precisa da aprovação dos parlamentos dos seus vinte e sete membros para uma possível aprovação do Acordo Mercosul-União Europeia que poderia resultar em um mercado de 780 milhões de pessoas, abrangendo 25% da economia mundial[1].

Grupos empresarias e fundos de investimento, muitas vezes formados por fundos soberanos ou pensões de determinadas categorias profissionais no Exterior, com regras mais rígidas sobre investimento e mediante a pressão interna e externa dos seus conselhos ou das populações dos seus países se veem no dilema de investirem em um país em desenvolvimento, com grande possibilidade de ganho, mas que possa ter condutas contrárias aos interesses ambientais defendidos pelos grupos. Frisamos que o temor dos impactos ambientais sobre as populações dos países desenvolvidos, muito se deu pela divulgação de imagens dos danos ambientais em várias partes do mundo que foram exibidas nos televisores dos moradores de nações desenvolvidas, como apontou Antônio Teixeira de Barros:

"A emergência da agenda ambiental, antes mesmo do êxito mediático, foi marcada pela polarização entre elementos dramáticos e racionais, desde os marcos mais remotos, em decorrência das discussões sobre as consequências da I Guerra Mundial, especialmente devido ao uso de substâncias químicas. Tal cenário antecedeu o agendamento jornalístico propriamente dito, o deu origem, inclusive, à denomina jornalismo ambiental."[2].

Dado o grau de sensibilidade do tema, difuso por si próprio, e ainda que os atos do governo brasileiro possam apenas se resumir em discurso, não em ação efetiva, o conteúdo anunciado causa estresse nos investidores e países que mais possuem interesses no Brasil. A incerteza política, somada aos rumos da economia, convulsiona a tomada de decisão dos diversos *players* e pode resultar em déficits comerciais e na fuga de investimento estrangeiro direto, muito mais valioso que os capitais especulativos que aportavam no país há não muito tempo.

Se fosse possível, como em uma ilha autárquica, tomarmos atitudes estritamente soberanas e realizássemos uma série de flexibilizações legais ou infralegais em matéria ambiental, teríamos também que lidar com as "barreiras" impostas pelo Constituinte de 1988 que, perpassou toda a Constituição impondo padrões de desenvolvimento sustentável e respeito ao meio ambiente. Por mais que a teoria do controle dos atos políticos apresente limites à análise da atuação de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos Poderes – no caso, do Poder Executivo – não se olvida que esses atos políticos devem ser respaldados no texto constitucional, que é a moldura que impõe os limites do retrato. Ficaria inviável em termos teóricos e práticos, que o artista do momento transpusesse os limites do quadro, trabalhando além do permitido ou fora das regras, assim também deve ser tratado o governante em quaisquer esferas dos entes federativos, que devem observar os limites constitucionais na sua gestão política.

No fim dos anos 1980, em paralelo a todo esforço da Assembleia Constituinte, o hercúleo esforço de juristas, ambientalistas e diplomatas brasileiros, como Paulo Nogueira Batista[3], deu a oportunidade ao país austral e periférico sediar a Conferência Rio-92, em 1992, cujos resultados reverberaram, vinte anos mais tarde, na Rio+20, provando a competência da intelectualidade, dos cientistas e da administração pública brasileira em gerir um evento daquela proporção e demonstrar que lhe interessava zelar pelo seu patrimônio natural representado pela floresta amazônica brasileira.

A atuação do país ao buscar convidar o mundo para uma conferência ambiental, apesar de parecer revolucionária, resguardava uma posição soberanista já apresentada na Conferência Ambiental de Estocolmo em 1972, mas que se renovara, apresentando uma fronte colaborativa, como típico da prática brasileira, como o saudoso chanceler Azeredo da Silveira um dia afirmou sobre o Itamaraty de que "a melhor tradição do Itamaraty é saber renovar-se"[4]. Foram aquelas posições brasileiras que contribuíram para uma série de princípios do Direito Ambiental assinados nas conferências ambientais e internalizados em nossa Constituição Socioambiental e no arcabouço jurídico resultante.

É pelo caráter multilateralista e do viés agregador do Brasil que o país se tornou maior, o que nos remonta a Rui Barbosa quando representou o Estado Brasileiro na II Conferência de Haia em 1907, ao defender o princípio da igualdade jurídica entre os Estados[5], ou aos episódios em que o país auxiliou na formação de instituições formuladoras de um Direito que contribuísse para o desenvolvimento nacional e internacional, como na criação da ONU ou nas conferências ambientais. Se afastar do mundo não é da nossa tradição, que sempre foi a nos renovarmos com vistas ao desenvolvimento sustentável nacional e ao crescimento do país. Relembremo-nos para o bem dos que herdarão este país.

NOTAS:

[1] *Mercosul e UE fecham maior acordo entre blocos do mundo*. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo>. Acesso em 06 de julho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[2] BARROS, Antônio Teixeira de. *A TV como agente político da visibilidade ecológica no Brasil: uma perspectiva sociológica*. Século XXI, Revista de Ciências Sociais, v.6, no 1, p. 273, jan./jun. 2016.

[3] LIMA, Lucas Oliveira Barbosa. *O negociador – um perfil do embaixador Paulo Nogueira Batista*. JUCA, Revista do Instituto Rio Branco, nº 04, p. 16, ano 2010.

[4] BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *Os Sucessores do Barão: relações exteriores do Brasil, v. 2: 1964-1985*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 241.

[5] CARDIM, Carlos Henrique. *A Raiz das Coisas. Rui Barbosa: O Brasil no Mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p, 183.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 970 de 08/08/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454