

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 932

(Ano XI)

(16/11/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## COLUNISTA DA SEMANA



### **Interrupção da prescrição pelo protesto da certidão de dívida ativa**

11/11/2019 | *Kiyoshi Harada*.....05

## ARTIGOS

### **Teoria Tridimensional do Direito**

14/11/2019 | *Marcus Vinicius Balbino de Oliveira* ..... 10

### **O enquadramento dos royalties do petróleo em face do art. 20, §1º da Constituição Federal**

14/11/2019 | *Samuel Cunha de Oliveira* ..... 17

### **Justiça restaurativa como ferramenta no enfrentamento da violência doméstica**

14/11/2019 | *Geovanna de Oliveira Gomes* .....35

### **Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e o princípio da vedação ao retrocesso**

14/11/2019 | *Raissa da Silva Santos Amaral* .....64

### **Viabilidade jurídica do manejo sustentável da espécie florestal Aroeira no Médio Rio Doce mineiro**

14/11/2019 | *Raissa de Oliveira Murta* .....94

### **O regime prisional brasileiro e a preservação dos direitos fundamentais da população carcerária**

14/11/2019 | *Suzy Chrystine Vasques Guedes* ..... 106

### **Aplicabilidade da arbitragem nas causas de família**

13/11/2019 | *Aline Kelly da Silva Bosi Felix* ..... 128

### **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares**

13/11/2019 | *Douglas Rafael Crispim Alvares* ..... 152

### **Crowdsourcing: o Poder Constituinte e a esfera pública virtual**

13/11/2019 | *Raissa da Silva Santos Amaral* ..... 163

**A implantação das audiências de custódia e os avanços na proteção de direitos fundamentais**

13/11/2019 | *Luciene da Silva Oliveira* ..... 183

**O processo para o desinvestimento público: a possibilidade de venda de controle acionário de empresa estatal subsidiária ou controlada sob o enfoque do Supremo Tribunal Federal**

13/11/2019 | *Rodrigo Déde de Castro Leite*.....204.

**O impeachment no Brasil: uma sentença redigida por políticos**

13/11/2019 | *Filipe Luiz Mendanha Silva* .....232

**A imprescindibilidade de uma reforma previdenciária com imposição de idade mínima para aposentaria na atual conjuntura brasileira como forma de promover a igualdade previdenciária no RGPS**

13/11/2019 | *Julio Vinicius Queiroz de Almeida Guedes*..... 250

**A prisão preventiva decretada ex officio no curso da ação penal como violação ao sistema acusatório constitucional**

12/11/2019 | *Hellen Karoline dos Santos Farias* ..... 270

**União poliafetiva e o seu reconhecimento como entidade familiar dentro do ordenamento jurídico brasileiro**

12/11/2019 | *Aline Layane Sá da Silva Sousa* ..... 291

**Alienação parental: a Lei 12.318/10 e a proteção do infante**

12/11/2019 | *Julio Cesar da Cruz Porto* ..... 305

**A legalidade do procedimento de busca pessoal realizado pelos agentes de segurança nos tribunais de justiça**

12/11/2019 | *Maira Virgínia Dutra Machado* .....326

**O cometimento de transgressões disciplinares dentro da polícia militar do Estado do Tocantins**

12/11/2019 | *Tayla Marinho Gomes da Silva* .....346

**A extensão do imóvel rural como critério para o enquadramento na condição de segurado especial**

12/11/2019 | *Vinicius Eufrasio*..... 356

**Propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente diante da prática de atos infracionais análogos a crimes hediondos**

12/11/2019 | *Marcio Reguelin* .....382

**Responsabilidade civil do transportador aéreo nas relações de consumo: um estudo à luz da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

11/11/2019 | *Isaac Villasboas de Oliveira* .....436

**Os limites à liberdade de expressão em caso de publicação de biografias não autorizadas**

11/11/2019 | *Ellen Dayani Azevedo Funayama* .....451

**Novos aspectos legais referentes a posse e porte de arma de fogo**

11/11/2019 | *Valmir Gomes do Monte* ..... 474

**A responsabilidade civil do Estado por omissão**

11/11/2019 | *Andréia Aquiles Sipriano da Silva Ortega* .....482

**Assédio sexual contra o empregado no ambiente de trabalho e seus direitos**

11/11/2019 | *Adryanne Christine Sales Guimarães* .....498

## **INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA**

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

### **1 Introdução**

O PLS nº 204/2016 de autoria de Senador José Serra (PMDN/SP) antecipa a interrupção do prazo de prescrição tributária pelo protesto da Certidão de Inscrição na Dívida Ativa – CDA.

O referido projeto legislativo foi aprovado celeremente no Senado Federal e encontra-se em tramitação na Câmara Federal identificado como PLP nº 459/2017.

### **2 A descaracterização do CTN como estatuto jurídico neutro**

Por ação dos legisladores o Código Tributário Nacional, um estatuto jurídico modelar pela sua neutralidade, vem sofrendo contínuas alterações que lhe conferem a feição de uma lei federal de interesse da União. Senão vejamos.

A Lei Complementar nº 104, de 104, de 10 de janeiro de 2001, introduziu o parágrafo único ao art. 116 do CTN para instituir uma norma geral antielisão, tentando prejudicar o legítimo exercício do planejamento tributário, para não trilhar caminhos mais onerosos.

A Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2009, por sua vez, introduziu o art. 185-A ao CTN instituindo a indisponibilidade universal de bens do contribuinte-devedor que devidamente citado deixar de pagar ou nomear bens à penhora. Na prática, a execução fiscal tem começado com o bloqueio eletrônico das contas bancárias sob o infalível e equivocado argumento de que o dinheiro precede bens imóveis na ordem de preferência na penhora. Assim, com um simples “click” no computador bloqueiam-se dinheiros destinados a pagar tributos retidos na fonte, a pagar a folha, a pagar os fornecedores etc. O bloqueio é instantâneo, mas, o seu levantamento que o § 1º diz ser “imediatamente” pode levar tanto um mês, como um ou dois anos, como já aconteceu com um caso sob nosso patrocínio,

depois de pago o débito reclamado pelo fisco [1]. Essa mesma Lei Complementar alterou o inciso I, do parágrafo único, do art. 174 do CTN para interromper a prescrição *pele despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal*. Resultado disso foi a distribuição em massa e alhures de executivos fiscais que ficaram amontoados após a prolação do despacho ordenando a citação. Para que perder tempo com a localização do executado se a prescrição está interrompida! Agora, esse projeto legislativo sob exame, mediante nova alteração do parágrafo único, do art. 174 do CTN, preconiza a interrupção da prescrição com o protesto da Certidão de Inscrição na Dívida Ativa – CDA, praticamente derogando o inciso II desse mesmo parágrafo que prevê a interrupção da prescrição pelo protesto judicial, que dá muito trabalho por ter que justificar fundamentadamente a necessidade de protesto.

### **3 Exame crítico da proposta legislativa sob comento**

Feitas as considerações retro façamos um exame crítico do projeto legislativo em epígrafe que visa instituir a interrupção da prescrição tributária mediante protesto da CDA.

Como vimos, a legislação tributária vem evoluindo no sentido de dilatar cada vez mais o prazo prescricional da cobrança do crédito tributário que originalmente só se interrompia pela citação feita ao executado (inciso I, do parágrafo único, do art. 174 do CTN); ao depois esse prazo interruptivo foi antecipado para a data que ordenar a citação (redação conferida pela LC nº 118/2005). Agora, procura-se antecipar para a data do protesto da CDA.

O protesto da CDA, por si só, por constituir uma sanção política, afronta três Súmulas do STF editadas didática e ilustrativamente: Súmulas nºs 70, 323 e 547. De fato, se na esfera privada o protesto tem a legítima finalidade de prevenir eventuais credores contra os devedores inadimplentes, na esfera do direito tributário só pode ter o objetivo de coagir o contribuinte a solver a sua obrigação tributária abrindo mão do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. Não teria sentido sustentar que o protesto tem a finalidade de prevenir outros fiscos a não fazer cobrança do crédito tributário em razão da inadimplência do contribuinte.

Verifica-se que a legislação vem substituindo o meio interruptivo da prescrição pelo protesto judicial previsto no inciso II, do parágrafo único, do art. 174 do CTN, que requer justificativa e exercício da inteligência, por um sistema mecânico e automático mediante um “clic” no botão do computador para mandar a CDA ao protesto.

Ora, a prescrição tributária não existe para gerar inadimplência do contribuinte, mas para protegê-lo do arbítrio do Estado-cobrador que poderia ficar indefinidamente com a espada de Dâmocles sobre cabeça do agente econômico, produtor de riquezas que geram tributos. A indefinição acerca de determinado débito imputado a certo contribuinte, por tempo muito longo, acaba afetando as suas relações jurídicas com terceiros que deixam de celebrar contratos com o receio de ação fiscal que venha comprometer a situação patrimonial daquele contribuinte.

A prescrição é, também, uma forma de buscar eficiência dos servidores públicos integrantes do quadro de administração tributária (art. 37, *caput* e inciso XXIII da CF).

A prescrição exerce, pois dupla importante função: de um lado, protege o contribuinte contra eventuais abusos do fisco, e de outro lado, combate eficazmente a leniência do agente público fazendário.

A inadimplência das obrigações tributárias é tão condenável quanto ao exercício abusivo e ilimitado do Estado-cobrador.

Por isso, o CTN fixou um prazo mais do que razoável, de cinco anos, para a Fazenda promover a cobrança do crédito tributário, a contar da data de sua constituição definitiva pela notificação do lançamento feita ao contribuinte. Durante todo esse prazo, que fica suspenso por força da impugnação ou recurso, o contribuinte só é responsável por 30 (trinta) dias e outros eventuais 15 (quinze) dias para interposição, quando cabível, de recurso especial. Todo o restante do prazo é da Fazenda, para ultimar o processo administrativo tributário. Onde a necessidade de mais prazo?

Interromper a prescrição mediante simplório gesto de protesto da CDA, com toda certeza, contribuirá para avolumar o estoque da dívida ativa da União que já chegou à fantástica soma de R\$2,3 trilhões.

A vingar a providência legislativa sob exame haverá uma premiação à leniência dos servidores públicos, contribuindo para tornar realidade permanente e rotineira a cobrança de tributos dos adimplentes com nível de imposição cada vez maior, de um lado, e de outro lado, abandonar a cobrança coativa dos inadimplentes que simplesmente irão engrossando o volume da dívida ativa "incobrável". É um regime cruel que pune os bons pagadores de impostos e premia os inadimplentes e sonegadores.

Nenhuma medida legislativa pode deixar de perseguir a eficiência no serviço público que é um princípio constitucional. No quadro atual os servidores não vêm exercendo com eficiência o serviço de cobrança da dívida ativa, nem estão se dando



ao trabalho de interromper justificadamente a prescrição por via de protesto judicial, tornando letra morta o disposto no inciso II, do parágrafo único, do art. 174 do CTN.

#### **4 Conclusão**

A realidade atual está a exigir o restabelecimento da interrupção da prescrição apenas com a citação do executado, obrigando a Fazenda a diligenciar o paradeiro do executado, ou a promover execução qualitativa do crédito tributário, evitando-se milhares de execuções paralisadas há mais de cinco anos, atrapalhando a cobrança de créditos tributários viáveis.

A aprovação desse projeto legislativo pela Casa do Povo seria o mesmo que conferir aos servidores fazendários o direito ao ócio à sombra de uma frondosa árvore gigantesca, provocando o acúmulo cada vez maior do estoque da dívida ativa que logo estará empatando com o nosso PIB.

[1] Depois de tudo pago e comprovado ao requerer o levantamento do bloqueio o juiz, que trocou a toga pela Fazenda, ficou insistindo, por longo tempo, na oitiva da Fazenda que se desinteressou de continuar oficiando nos autos, porque já satisfeito o seu crédito. Parece inacreditável, mas aconteceu. Acabamos perdendo o cliente, mas ficamos com a consciência do dever cumprido.

## TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

**MARCUS VINICIUS BALBINO DE OLIVEIRA:**

Curso Superior - Cursando Curso de Direito  
FADAP/FAP - Faculdade de Direito da Alta  
Paulista.

**RESUMO:** A Teoria Tridimensional do Direito, que constitui formidável inovação para o mundo jurídico, apresenta uma visão dialética de Direito, baseada na axiologia, ou seja, o estudo dos valores em sociedade, para que os que tenham grande carga valorativa sejam utilizados para a elaboração de uma norma. Tal como muitos propõem, o tridimensionalismo é visto como uma alternativa ao positivismo-normativo e ao marxismo, tendo o primeiro grande espaço na tradição jurídica brasileira. Entretanto, mais do que isso a filosofia do direito do jusfilósofo brasileiro cogita uma operação valorativa para a aplicação da norma, de modo que o magistrado não se limite ao texto legal, mas que valore o caso e atinja a objetividade para alcançar a justiça. Desse modo, a interligação necessária entre fato, valor e norma constitui mais do que mera formalidade para a construção das normas, mas sim o estabelecimento de um modelo jurídico diferente, dialético e mais adequado com os anseios sociais. Para tanto, os valores devem ser avaliados como objeto necessário da norma, não sendo admitido o pensamento de que o aspecto da lei é puramente a norma, sendo desprovido de qualquer carga valorativa.

**Palavras-chave:** Direito. Fato. Norma. Teoria. Tridimensional. Valor.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 Teoria Tridimensional do Direito. 2.1 Epítome. 2.2 Cenário Brasileiro. 3 ANÁLISE CRÍTICA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

### 1 Introdução

O aspecto do Direito e das normas jurídicas, por muito tempo, foi observado predominantemente sobre uma única dimensão, da qual era deduzido que era a mais relevante para a explicação da formação das normas jurídicas. Os juristas da época tomavam como prisma apenas a norma ou apenas o valor, sem realizar a interligação entre ambos, de modo a idealizar que cada fato tem um valor, que é considerado na elaboração e na aplicação de uma lei.

O presente trabalho visará expor o pensamento inovador de Miguel Reale, demonstrado em sua teoria tridimensional do direito. Tal teoria é de suma

importância para a compreensão de um Direito não meramente abstrato, mas dialético, que se adequa a sociedade e se monta e remonta por ela e seus anseios.

Ao analisarmos de forma a crítica a teoria de Reale é possível perceber que ela própria se transmuta, conforme o espaço e o tempo, na medida da pesquisa e experiência elaborada e exposta pelo jurista ou filósofo que analisa a base existencial da proposição realiana. A contribuição deste formidável pensamento do jusfilósofo brasileiro contribuiu não somente para o ramo jurídico, mas também para o ramo da Filosofia, devido a apreciação dos fatos e elementos realizados por ele.

Desse modo, Miguel Reale sustenta que a exigibilidade do cumprimento da norma não pode ter como escopo único o aspecto coercitivo da mesma, como sendo uma imposição estatal. De modo contrário, para ele a realização do comportamento conforme com as normas jurídicas deve fundamentar-se na relação valorativa dela com a sociedade. Melhor dizendo, a norma é o anseio, que tem grande carga valorativa, da própria sociedade, com isso o cumprimento dessa norma é requisito elementar para o bem da própria sociedade. Assim, pode-se dizer que a observância da lei pelo grupo social gera a própria paz social entre os indivíduos, que se sentem seguros com a proteção que lhes é oferecida.

Portanto, quando o homem busca a justiça, ele não almeja algo externo, que não há em seu interior, mas sim a concretização de algo que já tem em seu interior. Isso porque, o homem é justo por natureza, visto que, seus anseios pelas justíças são a maior prova disto. Tão logo, o indivíduo busca materializar e uniformizar o ideal de justiça que há dentro de si, em conformidade com os ideais que há no próximo, baseando-se na ética, moralidade e bom senso. Desse modo, a justiça não faz o homem, mas o homem faz a justiça, pois dentro de si há valores, uns maiores e outros menores, mas que são buscados pelo homem ao longo de sua vida.

Baseando-se nessa teoria, de complexidade acentuada, embora aplicabilidade apodítica, é que se baseará o presente trabalho. O trabalho está dividido em 2 capítulos e 2 subcapítulos. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica.

Destarte, o presente trabalho fará uma esclarecimento nos entendimentos sobre e teoria tridimensional de Miguel Reale, comparando-a, também, com as demais vertentes existentes e que eram predominantes em sua época.

## **2 Teoria Tridimensional do Direito**

### **2.1 Epítome**

A teoria tridimensional do direito é um pensamento sistemático elaborado pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale. De acordo com ele a integração normativa de fatos de acordo com valores seria o que formaria o Direito. Com isso é possível extrair os três elementos de lógica da teoria tridimensional do direito são: fato, valor e norma (Reale, 2000, p. 119). Em linhas gerais, fato social é aquele que interessa ao direito, valor representa o valor que a sociedade dá a esse fato, e norma concretiza-se quando o Direito passa a disciplinar. Essa teoria não foi formulada prontamente como conhecemos atualmente. Observando e aprimorando as suas conjeturas, Reale desenvolveu-a gradativamente com o tempo (Reale, 2000, p. 22-53).

Para uma verdadeira compreensão dessa filosofia jurídica desenvolvida por Reale é necessário entender os aspectos sociológicos e históricos os quais essa tese filosófica se refere. Isso porque a situação concreta do homem está intimamente ligada aos modelos jurídicos (SOUZA, 2010, p. 145). O pensamento de Reale era, de certo modo, superior ao do filósofo alemão Hans Kelsen (1881-1973), pois este defendia ferrenhamente, até alto ponto de sua vida o positivismo, isto é, a incontestabilidade da norma positivada.

Apesar do acima citado, a teoria tridimensional do direito surge no início da década de 1940, período em que o jurista Kelsen era aclamado internacionalmente. Segundo este o Direito consiste unicamente na norma. Entretanto, como defendeu Reale o Direito não pode ser analisado sob um aspecto tão reducionista. Para Reale a norma era apenas fruto dos elementos: fato, valor e norma. Isso porque, a norma não surgia por si mesma. Para que fosse criada a norma era necessário um embasamento em um fato, este que receba carga valorativa da sociedade.

Miguel Reale, na elaboração de suas proposições, também elucidou a semelhança entre o ato moral e o ato jurídico. Ambos possuem cargas valorativas que impulsionam o seu exercício. Entretanto, há uma nítida distinção também: o primeiro parte exclusivamente do interno do indivíduo singular, enquanto que o segundo não é pertencente a um único indivíduo em questão, mas a um todo, o que justifica a coação para seu cumprimento (CALHEIROS, 2010, p. 143).

## **2.2 Cenário Brasileiro**

O momento inicial em que surge a teoria de Reale é no começo de 1940, período em que Getúlio Vargas era governante de nosso país. Com incontestável soberania sobre a população, esse governo totalitário representava um ideal que sempre esteve presente em nossa tradição jurídica: o caráter ético-normativo do Direito (SCHMIDT, 2008, p. 567). No período em questão é possível perceber que essa inclinação apenas justifica e legitima atos do governo que, espontaneamente o povo não concordaria plenamente. No pensamento positivista o ato jurídico

recebe significado pelo traçado interpretativo ao qual será aplicado, pois inicialmente não possui sentido em si.

Reale sempre foi um ferrenho defensor de que era necessário desvencilhar-se do obsoleto conceito de bidimensionalidade jurídica, pois esta já não mais se adequava a realidade de nossa sociedade, sendo imprescindível a construção de uma nova teoria, que correlacionasse os três fatores, que deveria ser harmônicos para a concretização do ideal proposto pelos juristas e filósofos.

Muito embora a Filosofia seja uma ciência afim do Direito, é inegável a íntima relação entre ambas. Tanto é que, em muitos estudos, aplica-se a chamada Filosofia do Direito. A origem etimológica da palavra Filosofia encontra-se pela união de duas palavras gregas: *philos* + *sophia*. A primeira significa "amor", enquanto que a última significa "saber", formando assim algo semelhante à "amor ao saber". (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires, 2009, p. 37). Ante o exposto, resta claro que a Filosofia, tal como o filósofo, não é detentora da verdade absoluta, mas apenas busca conhecer mais e mais, enquanto que o Direito busca sempre a verdade e a justiça. A união de ambas as ciências faz nascer um Direito mais humano, como já dito dialético, não meramente baseando-se na primitiva ideia de punição, que nos remonta a épocas sombrias e injustas, mas sim a ideia o mais pura possível de justiça realmente, na qual a sanção é mera exteriorização da norma para que se concretize o que está posto nela, objetivando a coesão social harmoniosa, em todos os grupos sociais.

Com a evolução do Direito, desde eras onde predominavam oligarquias, impiedosas forças estatais, religiosas, chegamos ao ponto onde há de predominar as regras morais e éticas para a efetivação das proposições jurídicas.

Conforme o entendimento de Reale o que há de ser preponderante é o que está constituído no valor superior da justiça, para que haja uma ordem justa, sendo os princípios idealizados através da razão para assim formar o Direito (REALE, 2003, p. 50). Afirma ainda que o Direito não pode ter enfoque puramente normativo, como ocorre no positivismo, tampouco puramente fático, como ocorre no marxismo. Quando isso ocorre, segundo ele, a realidade jurídica não se apresenta de forma plena, pois as demais dimensões acabam sendo ocultadas por aquela que recebe esse destaque e, na realidade, o Direito não pode priorizar ou menosprezar nenhuma de suas três dimensões.

Ainda sobre essas duas concepções jurídicas, comuns na cultura luso-brasileira, Reale ressalta as dificuldades que por elas podem ser geradas. Podemos tomar como exemplo algumas leis que são criadas com um bom intuito, mas que,

em contrapartida não são bem contextualizadas. É o que faz com que a lei perca a chamada eficácia. Para melhor compreensão desse problema nas duas correntes seguem dois exemplos:

Em um ônibus há um aviso de que é proibido adentrar com animais no veículo. Na corrente positivista, caso um indivíduo que fosse cego ou tivesse sérias dificuldades para enxergar buscasse adentrar no ônibus com o seu cão-guia, a única direção de um homem que é privado de um sentido, a norma seria aplicada de modo inexorável, proibindo que o pobre homem embarcasse no veículo, pois há uma norma que veda o embarque de passageiros com animais. De outro lado, na corrente marxista, o homem cego poderia adentrar no ônibus com seu cão-guia, e também, caso uma mulher quisesse entrar no mesmo ônibus, com 5 cachorros, 3 gatos, 2 passarinhos e 1 macaco, ela poderia livremente, pois seria observada apenas a realidade e não a norma, o que permitiria incontáveis exceções. Nesse sentido, é possível perceber que, seguindo essas concepções, para a aplicação do Direito é necessário fazer ajustes e reajustes, ainda assim resultando em decisões incoerentes.

É possível perceber que a teoria tridimensional proposta por Miguel Reale influenciou, até mesmo, alguns princípios e artigos de nossa legislação atual. Podemos tomar como exemplo o artigo 421 do Código Civil, que assim dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo baseia-se na boa-fé objetiva, que também foi acolhida expressamente por nosso estatuto civil vigente. Assim como a função social da propriedade, a função social do contrato visa não apenas o aspecto norma, mas também o valor atribuído a esse fato, para que tais valores sejam preservados. Disposição semelhante inexistia no Código anterior de 1916.

Paulatinamente podemos perceber que esse fenômeno jurídico de criação das normas resulta da valoração de fatos em nossa cultura (MACHADO NETO, 2009, p. 80).

### **3 ANÁLISE CRÍTICA**

Diante da exposta teoria de Miguel Reale é irrefutável como, a seu ver, o Direito é feito num esboço lógico, que se cria de modo abstrato, entretanto baseado em uma realidade fática existente na sociedade atual. Isto é, os elementos fato, valor e norma não são resultantes de uma simples somatória, mas sim de uma interligação, pois ambos coexistem harmonicamente para que seja formulada a norma concreta capaz de regular a situação em questão. Certos fatos não recebem grande carga valorativa e, portanto, sobre eles não é elaborada nenhuma norma, pelo fato da desnecessidade de se fazê-lo.

Outro aspecto interessante em sua teoria é que, em sua fundamentação ele revela que as normas não são geradas aleatoriamente de uma forma ilógica, mas sim se baseando no empirismo, ou seja, é o fruto das experiências humanas no meio no qual ele habita, revelando a subjetividade intrínseca em cada norma criada. Assim sendo, a norma será valorada pelo magistrado, na aplicação do Direito, analisando o caso concreto e as circunstâncias que o entornam, não apenas aplicando a chamada “letra da lei”. Esse entendimento é baseado no fato de que o Direito é feito por seres humanos e aplicados a seres humanos. Logo, não seria razoável que a norma fosse aplicada “nua e crua” em todos os casos apresentados, sem avaliar o aspecto subjetivo que o distingue dos demais. O Direito não é uma ciência exata, que concede todas as respostas sobre todas as circunstâncias prontamente, mas uma ciência humana, aplicada por humanos que direcionam ao que é correto, sempre fundada nos valores éticos e morais, tanto da sociedade que os cerca quanto da humanidade que eles mesmos compõem (CZERNA, 1999, p. 127).

O entendimento ao perceber que fato, valor e norma estão entrelaçados e devem ser analisados em conjunto, faz com o sociólogo, filósofo e jurista vejam o sentido dialético de suas investigações sobre essa tríplice. Esse elemento normativo do Direito disciplina tanto os comportamentos individuais na sociedade quanto os coletivos, de modo a que haja a coesão harmônica dos indivíduos no grupo social.

Para Reale, seguindo a mesma lógica, o Direito também pode ser visto pela ótica de uma ordenação de bilateralidade atributiva, uma vez que, o indivíduo que tem ante si imposta uma obrigação, em contrapartida tem um direito. Nesse ponto, a norma deixou de ser apenas uma ordenação imperativa para tornar-se uma um direcionamento orientador, segundo o qual há de se ter a plena observância por todos os indivíduos em sociedade.

Os elementos componentes do Direito são extremamente importantes para a compreensão da aplicação das normas em si. É possível extrair o significado de cada um dos três elementos. Fato social é qualquer fato que ocorra na sociedade e que tenha relevância; os valores representam a valoração que fazemos a cada fato, dando pouco valor a uns e muito valor a outros e; a norma nasce de um fato que tem relevância, um fator relevante. Essa norma vai regular e reger a sociedade. Portanto, fato social, valor e norma são três dimensões que tem relação de implicação e polaridade.

Outro ponto a ser salientado é que através da análise e fundamentação axiológica é possível determinar a natureza tridimensional daquele fato jurídico em questão. Com isso é possível perceber que os valores são fatores cruciais para a

humanidade, visto que embasam, sobretudo, as normas jurídicas (GARCIA, 1999, p. 1).

Em contraposição ao juspositivismo, a teoria de Miguel Reale nos apresenta um aspecto mais jusnaturalista, no qual há uma análise concreta de cada caso, não sendo a sentença mero ato mecânico reflexo do texto da lei, mas sim uma decisão na qual se leva em consideração todas as peculiaridades do caso, onde o magistrado faz a plena apreciação do caso. Isso traz de volta a corrente do Direito Natural, ou seja, aquele que já nasce com o homem, independentemente de estar transcrito na lei. Observando esses aspectos intrínsecos ao homem é o que Direito verdadeiramente se concretiza. Utilizando-se da valoração do fato é que se pode atingir a finalidade objetivada pelo Estado, que nada mais é do que a realização da Justiça e pacificação social.

Salientando a diferença entre o pensamento de Hans Kelsen e o de Miguel Reale, para o primeiro o Direito é visto sob uma ótica muito reducionista, limitando-se ao complexo de normas jurídicas, enquanto que para o último, o Direito não é só norma, também não é só valor, como também não é só fato, mas sim a união necessária e efetiva desses três elementos, pois a norma é uma indicação do caminho a ser seguido, o valor é relativo em cada sociedade e, inclusive em cada indivíduo, e o fato, muitas vezes, pode ser tomado como algo muito vago, o que permite a elaboração de normas sobre fatos completamente irrelevantes. Sendo assim, para Reale o Direito nasce da cultura humana, sob um processo existencial ao qual todos estamos sujeitos e que, em suas particularidades, se modifica e adapta de forma dialética, seguindo os princípios da razoabilidade e necessidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria tridimensional do direito, proposta por Miguel Reale, nos traz a noção de não devemos nos prender apenas e tão somente ao puro enunciado da lei, sem levar em consideração a valorização de determinados fatos, que são elementares para a elaboração da norma. Diante do positivismo, tanto o legal, de pensadores como Augusto Comte e Hans Kelsen, quanto o social, de pensadores do Marxismo, é evidente que essa tridimensionalidade do jusfilósofo brasileiro concretiza-se como uma indiscutível originalidade, tanto na tradição jurídica brasileira quanto na mundial, inclusive.

Essa nova teoria de Reale nos mostra uma perspectiva dialética do Direito, como reflexo da realidade fática tida com grande valor pela sociedade. Assim, a noção de Direito desvencilhou-se do prisma unilinear e reducionista que, sobre ele antes era explanado. Apesar da evidente inovação da teoria, a princípio ela foi compreendida de forma errônea, devido ao fato de que, na época de seu



surgimento, as três dimensões eram estudadas separadamente, como se entre elas não houvesse interligação.

Miguel Reale inspirou-se, em partes, em juristas e filósofos alemães, sendo o de mais destaque certamente Immanuel Kant, visto pelo fato de que, para Reale, o Direito não é estático, mas sim dialético.

Desse modo, nota-se que o Direito é dinâmico e estável, isto é, à medida que a sociedade se transforma surge a necessidade de o Direito se adequar a sociedade atual (por isso dinâmico), muito embora, quando essas adaptações são realizadas através de determinadas alterações, elas se mantêm por um longo período, não mudando novamente “do dia para noite” (por isso estável). Então é uma renovação e adaptação do Direito, conforme os valores da sociedade atual.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. 4ª edição. São Paulo: Editora Moderna, 2009.

CALHEIROS, Clara. In: **Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro**; Atas do IX Colóquio Tobias Barreto. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.

CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale, fundamento de seu tridimensionalismo jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MACHADO NETO, A.L. **História das idéias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Edusp-Editorial Grijalbo, 2009.

REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

\_\_\_\_\_. **Experiência e Cultura**. Campinas: Bookseller, 2000.

SCHMIDT, Mario. **Nova História Crítica**. 1ª edição. São Paulo: Editora Nova Geração, 2008.

SOUZA, Ana Paula Loureiro de. **Modelos e fontes do Direito em Miguel Reale**. In: Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro; Atas do IX Colóquio Tobias Barreto. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.

## **O ENQUADRAMENTO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO EM FACE DO ART. 20, §1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**SAMUEL CUNHA DE OLIVEIRA:**  
Advogado da União. Bacharel em Direito  
pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto de estudo o regime jurídico dos *royalties* devidos pela exploração de recursos petrolíferos no Brasil, com ênfase no seu enquadramento nos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, notadamente em seu art. 20, §1º, que estabelece duas figuras distintas sob as quais a remuneração ao Estado pela exploração de recursos naturais pode se apresentar: a compensação financeira e a participação nos resultados. Trata-se de questão cuja resposta possui consequências relevantes, notadamente no que concerne à (im)possibilidade de repartição das receitas dos *royalties* entre entes federativos não-produtores de petróleo. Como resultado, após a realização de pesquisa de caráter bibliográfico e jurisprudencial, chegou-se à conclusão de que os *royalties* do petróleo, na forma como instituídos pela legislação infraconstitucional brasileira, não configuram compensação financeira por danos advindos da exploração do petróleo; ao revés, apresentam-se como uma participação econômica nos resultados da atividade petrolífera, com o intuito de reverter parte da riqueza decorrente da exploração dos citados recursos naturais a toda a sociedade.

**Palavras-chave:** Petróleo. Royalties. Regime jurídico.

**ABSTRACT:** The present study has as object of study the legal regime of the royalties due for the exploitation of petroleum resources in Brazil, with emphasis on its framing in the parameters established by the Federal Constitution, notably in its art. 20, paragraph 1, which establishes two distinct figures under which remuneration to the State for the exploitation of natural resources may present itself: financial compensation and profit sharing. This is an issue whose response has relevant consequences, notably as regards the (im) possibility of sharing royalty revenues between non-oil-producing federal entities. As a result, after conducting bibliographical and jurisprudential research, it was concluded that the petroleum royalties, as established by Brazilian infra-constitutional legislation, do not constitute financial compensation for damages resulting from the exploitation of oil; on the contrary, they present themselves as an economic participation in the results of the oil activity, with the purpose of reversing part of the wealth derived from the exploitation of the mentioned natural resources to the whole society.

**Keywords:** Oil. Royalties. Legal regime.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o regime jurídico dos *royalties* do petróleo no ordenamento brasileiro, investigando-se o seu enquadramento em face do artigo 20, §1º da Constituição Federal de 1988, que estabelece duas figuras distintas sob as quais a remuneração ao Estado pela exploração de recursos naturais pode se apresentar: a compensação financeira e a participação nos resultados.

Com efeito, o petróleo é recurso natural estratégico para o desenvolvimento das mais diversas atividades industriais, angariando assim grande valor econômico, sendo de suma importância que a sua exploração se dê em consonância com objetivos que melhor atendam ao interesse público, de forma que os resultados financeiros da extração mineral beneficiem toda a coletividade.

Ademais, as atividades ligadas à indústria petrolífera possuem o condão de gerar impactos negativos nas localidades em que se realizam, principalmente sob o aspecto socioambiental. Sendo assim, torna-se necessária a existência de compensações em decorrência desses riscos, dotando o Estado de instrumentos financeiros para mitigar as consequências deletérias oriundas da exploração do petróleo.

Nesse diapasão, exurgem as participações estatais nos resultados da exploração petrolífera e as compensações financeiras por essa exploração, previstas no art. 20, §1º da Constituição Federal de 1988, figuras que, entretanto, possuem características e objetivos distintos, não devendo ser confundidas.

Nessa ordem de ideias, justifica-se a realização de estudo que busque delimitar o enquadramento dos *royalties* devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, na forma em que instituídos no ordenamento jurídico pátrio, em face das opções elencadas pelo constituinte, quais sejam, a compensação financeira e a participação nos resultados.

Deveras, trata-se de tema ainda não pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e que possui importantes consequências jurídicas e socioeconômicas, mormente no que concerne à distribuição dos *royalties* entre os entes federados.

Consigne-se, a propósito, que as alterações promovidas pela Lei nº 12.734/2012 nas regras de distribuição dos *royalties* e da participação especial

devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos entre os entes federados brasileiros foram impugnadas junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>[1]</sup>, tendo como um dos argumentos centrais o fato de que as novas regras, que destinavam uma maior parcela da arrecadação aos Estados e Municípios não produtores de petróleo, iriam de encontro ao disposto no art. 20, §1º da Constituição Federal, já que os *royalties* teriam natureza compensatória, e não redistributiva.

Para atingir o objetivo do trabalho, foi realizada pesquisa de caráter bibliográfico e jurisprudencial, colacionando-se ainda os diplomas legais pertinentes ao objeto de estudo. No que concerne à exposição, buscou-se, inicialmente, descrever o papel do Estado na exploração do petróleo, especialmente diante do regime constitucional aplicável à espécie no Brasil. Posteriormente, foram demonstradas as diferenças entre as duas espécies de remuneração ao Poder Público previstas no art. 20, §1º da Constituição. A seguir, foi analisado o enquadramento dos *royalties* sobre a exploração de petróleo em face das duas alternativas postas pela Constituição Federal. Por fim, têm-se as considerações finais, em que foram apresentados os resultados da presente pesquisa, com uma resposta possível sobre a natureza dos *royalties* petrolíferos diante do panorama constitucional descrito.

## **2 O REGIME JURÍDICO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO NO BRASIL**

### **2.1 O papel do Estado na atividade econômica da exploração de petróleo**

O petróleo é um bem de grande importância para a economia moderna, o que torna necessária a adoção de mecanismos tendentes a fazer com que a sua exploração se dê em benefício coletivo, e não somente de poucas empresas cuja atuação ocorra nesse segmento. Nesse contexto, deve ser salientado o importante papel que cabe ao Estado no que concerne à exploração desse recurso natural, conforme aponta Gilberto Bercovici:

O papel do Estado é central para a política energética em geral e, em particular, no setor de petróleo, servindo para coibir o poder econômico dos grandes oligopólios, garantir a exploração não-predatória das jazidas e defender o interesse da coletividade, além de atuar de forma estratégica, militar e economicamente, controlando o suprimento de petróleo e derivados. (BERCOVICI, 2011, p. 314)

Dentro desses parâmetros, no Brasil, o constituinte de 1988 houve por bem determinar, no art. 20, IX, da Carta Magna, que os recursos minerais, inclusive

os do subsolo, constituem bens integrantes do patrimônio da União, no que se inclui, evidentemente, o petróleo. No mesmo sentido é o teor do art. 176, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual as jazidas e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União.

Ademais, conforme o art. 177 da Constituição vigente, constituem monopólio da União Federal: a) a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo; b) o refino deste, seja ele nacional ou estrangeiro; c) a importação e exportação dos produtos e derivados resultantes das atividades retromencionadas; d) o transporte marítimo de petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por conduto, de petróleo bruto e seus derivados.

A justificativa para a existência desse monopólio é a importância da atividade de exploração petrolífera para a economia nacional. Com efeito, o petróleo é um recurso escasso, que é utilizado em diversos setores econômicos, servindo ademais para contribuir com a arrecadação e equilíbrio da balança comercial, por meio das exportações. Trata-se, portanto, de um recurso natural estratégico, cuja relevância é reconhecida por todos os países, havendo uma tendência de legislação específica para o tema em diversos ordenamentos jurídicos. (MARTINS, 2006, p. 148)

Deve ser salientado, contudo, que, nos termos do §1º do art. 177 da Constituição Federal, a União, no exercício do seu monopólio, poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades supramencionadas, observadas as condições estabelecidas em lei, a qual deverá, consoante o disposto no §2º do mesmo dispositivo constitucional, dispor sobre a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, as condições de contratação das referidas empresas, bem como a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Busca-se, com a possibilidade da participação de entidades privadas em uma atividade que constitui monopólio federal, uma conciliação entre o interesse público, que justifica a monopolização do setor petrolífero pelo Estado, e os princípios que devem reger a ordem econômica brasileira, previstos no art. 170 da Constituição de 1988, sendo um deles o da livre iniciativa. (MARTINS, 2006, p. 148)

Percebe-se, destarte, que a opção constitucional foi a de conferir à exploração de petróleo um caráter eminentemente público, na medida em que, muito embora haja a participação de agentes do setor privado nesse segmento da

economia, o comando do processo ficou a cargo da União, como ente soberano encarregado de resguardar o interesse nacional. (MARTINS, 2006, p. 66)

Nesse contexto, em que se evidencia o caráter público dos recursos petrolíferos, é lógico que o Estado (aqui entendido em sentido lato, representado pelas diversas entidades federativas) tenha uma parcela dos resultados de sua exploração, bem como seja ressarcido por eventuais prejuízos que essa atividade econômica possa vir a causar. Essa remuneração ao Poder Público pode se dar por meio da utilização de diversos instrumentos, genericamente delineados na obra de Gilberto Bercovici, nos seguintes termos:

Na descrição de Adriana Fiorotti Campos, os principais instrumentos fiscais utilizados pelos países produtores de petróleo para arrecadar a maior renda petrolífera possível são: o bônus de assinatura (pago no momento da assinatura do contrato ou na outorga da concessão) e o bônus de produção (pago no momento da descoberta e durante o período de produção); o pagamento pela retenção da área, ou taxa de ocupação (paga anualmente para manter o Estado na administração das atividades petrolíferas); o royalty (proveniente do privilégio de utilização de um recurso não-renovável); o imposto de renda; a partilha de lucros extraordinários (quando há produção em campos com lucros extraordinários ou aumento dos preços do petróleo) e a participação governamental (pagamento progressivo nos casos de elevado volume de produção). (BERCOVICI, 2011, p. 332)

A situação apontada também ocorre no Brasil. Nesse diapasão, Ricardo Lobo Torres elenca as os instrumentos fiscais existentes no ordenamento jurídico pátrio que permitem a remuneração ao Poder Público pelas atividades econômicas relativas à produção de petróleo, com base na Lei nº 9.478/97, também conhecida como a “Lei do Petróleo”:

Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou de outros bens públicos. No que concerne à exploração de petróleo são as seguintes as receitas provenientes de participações governamentais de acordo com o art. 45 da Lei 9.478, de 6.8.1997: a) bônus de assinatura, proveniente do pagamento ofertado na proposta para obtenção da

concessão; b) *royalties*, calculados sobre a produção de petróleo ou gás natural; c) participação especial aplicada nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, a ser regulamentada em Decreto do Presidente da República, devendo ser deduzidos os *royalties*, os investimentos e os custos operacionais; d) pagamento pela ocupação ou retenção de área, a ser feito anualmente. (TORRES, 2010, p. 192)

É interessante notar que as participações governamentais apresentadas, previstas pelo art. 45 da Lei nº 9.478/97, relacionam-se ao regime de concessão instaurado pelo aludido diploma legislativo, segundo o qual o concessionário, após prévia licitação, possui a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural nos blocos concedidos, ficando com a propriedade dos recursos extraídos, com os encargos relativos ao pagamento de tributos e das participações legais ou contratuais correspondentes.<sup>[2]</sup>

Todavia, após a descoberta de grandes reservas de petróleo na camada do "pré-sal", localizada na plataforma continental, foi editada a Lei nº 12.351/2010, que adotou, para essa região, o regime denominado de "partilha de produção", conforme o art. 3º do mencionado diploma legal, fazendo com que passassem a coexistir dois regimes distintos para a exploração de petróleo no Brasil: o de concessão, cujos contornos jurídicos são delineados pela Lei nº 9.478/97, e o de partilha, instituído pela Lei nº 12.351/2010. Gilberto Bercovici traça um panorama sintético do funcionamento desse último modelo:

Além do contrato de concessão, há também os contratos de partilha de produção (*production-sharing contracts*), que garantem a propriedade estatal sobre os produtos petrolíferos antes de serem comercializados. São os contratos mais utilizados pelos Estados produtores de petróleo. O primeiro contrato deste tipo foi firmado na Indonésia, em 1966. Os riscos pelo investimento e desenvolvimento da produção são das empresas contratadas. Após o início da produção, as empresas podem recuperar seus gastos e custos de operação de uma parcela denominada "*cost oil*". A parcela remanescente, o "*profit oil*", é dividido entre a empresa e o governo, na proporção acertada no contrato. O Estado mantém total domínio sobre a propriedade dos recursos minerais, sobre os equipamentos e instalações e sobre o

gerenciamento das operações de produção de petróleo. Nas palavras de Juan Pablo Perez Alfonso, os direitos reais sobre o petróleo não saem nunca do domínio do Estado. (BERCOVICI, 2011, p. 312)

No que concerne às receitas governamentais, no regime de partilha de produção, instituído pela Lei nº 12.351/2010, tais recursos constituem-se, conforme o *caput* do art. 42 da mencionada legislação, de: a) *royalties*; e b) bônus de assinatura<sup>[3]</sup>.

Tendo em vista o objeto deste estudo, merecerá atenção a figura dos *royalties*, que será mais bem analisada a seguir.

2.2 O art. 20, §1º da Constituição Federal: diferenças entre a participação nos resultados da exploração de recursos naturais e a compensação por essa exploração

No ordenamento jurídico brasileiro, o pagamento dos *royalties* sobre a exploração de recursos naturais, assim como das demais receitas governamentais relativas a essa atividade econômica, tem fundamentação constitucional, consoante o disposto no art. 20, §1º da Carta Magna, que assim proclama:

Art. 20 (*Omissis*)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Percebe-se, em primeiro lugar, que o dispositivo constitucional supracitado confere o direito às receitas oriundas da exploração de petróleo ou gás natural a todos os entes que compõem a Federação brasileira: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Ademais, é digno de se notar que o constituinte faz menção a três espécies de recursos naturais, cuja exploração pode ensejar a cobrança de participação nos resultados ou de compensação financeira, quais sejam: a) petróleo e gás natural; b) recursos hídricos utilizados para fins de geração de eletricidade; c) outros minérios.

Cada um desses recursos naturais ensejará uma forma diferente de remuneração ao Poder Público pela sua exploração, como aponta Flávio Rubinstein:



Assim, viu-se que no âmbito da exploração de petróleo e gás natural podem ser cobrados “royalties” e “participação especial”; no da exploração de minérios, “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM”; e no da exploração de recursos hídricos para a produção de energia elétrica, “royalties de Itaipu” e “Compensação Financeira pela exploração de Recursos Hídricos – CFURH”. (RUBINSTEIN, 2012, p. 15)

Merece atenção ainda o fato de que o constituinte relaciona duas espécies jurídicas distintas, sob as quais as receitas governamentais a serem pagas pela exploração dos recursos naturais supramencionados podem se apresentar: a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural e a compensação financeira por essa exploração, devendo o delineamento de ambas ser feita “nos termos da lei”, isto é, a conformação de jurídica de cada uma deverá ser feita pelo legislador ordinário.

Essa delegação ao legislador infraconstitucional para estabelecer os parâmetros das formas de remuneração ao Poder Público pela exploração de recursos naturais é importante, na medida em que permite certa flexibilidade para que os instrumentos de arrecadação possam ser adaptados a circunstâncias fáticas distintas. Nesse sentido são as observações de Rodrigo Valente Serra relativamente aos *royalties* sobre a produção mineral, salientando a inconveniência de se manter um regime jurídico estático nessa área:

Países diferentes, ou regimes tributários diferentes em um mesmo país, aplicam o royalty sobre a produção mineral para atender a objetivos específicos, muitas vezes plurais. Isso seria bastante para desautorizar uma interpretação do royalty como um instrumento padronizado. Para além desta impossibilidade de padronização, deve-se observar que, muitas vezes, os Estados, ao longo da existência do instituto dos royalties, subvertem suas próprias proposições originais. As mudanças repentinas no cenário econômico mundial tornam inaceitável o congelamento duradouro, por exemplo, das estruturas fiscais do setor petrolífero; especialmente sensível às mudanças de rumo econômico. [...] (SERRA, 2005, p. 18)

Não obstante o fato de que o texto constitucional mencione expressamente a existência de duas espécies distintas de instrumentos

remuneratórios ao Poder Público, existe entendimento doutrinário que segue na linha da inexistência de diferenças entre a compensação financeira e a participação nos resultados da exploração de recursos naturais. Nesse sentido, por exemplo, posicionou-se Flávio Rubinstein:

Consoante se defendeu, pareceria inexistir qualquer distinção de regime jurídico entre a remuneração devida pela participação e a compensação financeira. Ambas as hipóteses [sic], em verdade, apenas se diferenciariam em relação ao modo de dimensionar e calcular as receitas públicas decorrentes da exploração dos recursos naturais supracitados. (RUBINSTEIN, 2012, p. 14)

No mesmo sentido parece ser o entendimento de Luis Roberto Barroso, que não faz nenhuma distinção entre as duas espécies de remuneração ao Poder Público, conforme se depreende do seguinte excerto de parecer prolatado pelo mencionado doutrinador:

Dessa forma, se a participação/compensação é devida em razão dos ônus suportados pelos Estados-membros em decorrência de uma atividade econômica de interesse da União, parece claro que tal participação só será devida aos entes que, de fato, sofram essas consequências. Note-se bem, na linha da clara posição do STF, que o direito a royalties não decorre quer da propriedade do recurso – que sempre é da União – quer da titularidade direta da área de produção, mas da circunstância de o Estado e o Município estarem na esfera de impacto ambiental e socioeconômico da atividade, por se tratar de seu território ou por serem confrontantes da área de exploração. (BARROSO, 2010, p. 19)

O aludido posicionamento, contudo, possui falhas. Com efeito, caso se entenda que ambas as figuras não possuem diferenciação entre si, estar-se-ia desprezando a própria literalidade do comando constitucional, que delimitou, claramente, duas espécies de receitas governamentais advindas da exploração de recursos naturais, a serem regulamentadas por meio de lei ordinária: a participação nos resultados ou a compensação financeira. Se fossem idênticas, não haveria necessidade de mencionar as duas figuras jurídicas no texto da Constituição.

Em verdade, trata-se de regra elementar de hermenêutica a de que não se devem presumir, nos textos legais, palavras ou expressões inúteis. Nesse sentido é a lição de Carlos Maximiliano:

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma. (MAXIMILIANO, 2003, p. 204)

É de se ressaltar ainda, nesse ponto, entendimento adotado no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. De fato, o tema foi abordado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.800/DF, no qual determinada empresa mineradora questionava o pagamento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), instituída pelos arts. 1º e 6º da Lei nº 7.990/89.

No aludido julgamento, restou reconhecida a distinção entre as duas formas de remuneração estatal previstas pelo art. 20, §1º da Lei Maior, quais sejam: a compensação financeira e a participação nos resultados. Com efeito, confira-se excerto da ementa do referido julgado, que deixa claro o fato de que a “compensação financeira” e a “participação nos resultados” não se confundem:

Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90). [...] **2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição.** (STF - RE: 228800 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/09/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-11-2001 PP-00021 EMENT VOL-02052-03 PP-00471) – grifo nosso.

Nesse diapasão, consignou-se ainda no aresto supramencionado que a figura da compensação financeira relaciona-se a um ressarcimento que deve ser feito aos entes públicos pelos problemas que a exploração de minerais causa nas

regiões de produção. Confira-se, nesse sentido, excerto do voto condutor do acórdão, prolatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas e as represas. Problemas ambientais – como a remoção da cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento da paisagem e que tais -, sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos. (STF - RE: 228800 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/09/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-11-2001 PP-00021 EMENT VOL-02052-03 PP-00471)

Fixadas essas premissas, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence conclui, entendendo que desses prejuízos, sejam eles sociais, econômicos ou ambientais, é que a figura da compensação financeira, prevista pelo art. 20, §1º da Constituição, deve ressarcir os entes públicos mencionados nesse dispositivo constitucional. Nas palavras do referido magistrado: “Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo”. (STF - RE: 228800 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/09/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-11-2001 PP-00021 EMENT VOL-02052-03 PP-00471)

Se é certo que a compensação financeira destina-se a reparar prejuízos eventualmente sofridos nas regiões produtoras, verifica-se, portanto, que o valor da compensação deve, de alguma forma, relacionar-se com os danos ambientais, sociais ou econômicos efetivamente suportados pelos entes públicos, a fim de que se possa aferir um valor apto a ressarcir-los da forma devida. Nesse diapasão, não seria possível, nem lógico, por exemplo, que a compensação financeira fosse fixada com base no quantitativo da produção de petróleo, ou do faturamento da empresa exploradora, na medida em que as referidas grandezas nada têm a ver com qualquer prejuízo suportado pelas regiões produtoras.

Entendimento similar ao exposto, aliás, foi adotado no julgamento do Recurso Extraordinário mencionado. Com efeito, nos autos do aludido aresto, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, apontou: “Se assim é, não se justifica que o valor a ser pago a título de compensação financeira seja fixado em função do faturamento, que nada tem a ver com as perdas a que alude implicitamente o art. 20, §1º, da Constituição.” (STF - RE: 228800 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE,

Data de Julgamento: 25/09/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-11-2001 PP-00021 EMENT VOL-02052-03 PP-00471)

Em verdade, tais considerações se tornam ainda mais relevantes na medida em que é perfeitamente possível que a exploração de petróleo, bem como de outros recursos minerais, dê-se em certa região por vários anos, décadas inclusive, sem que qualquer acidente ambiental aconteça, de sorte que o pagamento da compensação financeira sob esse fundamento seria desprovido de qualquer base material nessas situações.

Ademais, é cediço que o estabelecimento de uma indústria petroleira em uma determinada localidade pode representar um enorme potencial de desenvolvimento econômico e social para a mesma, com o respectivo incremento na arrecadação de tributos e na geração de empregos, o que, em grande medida, já compensa eventuais danos socioeconômicos advindos dessa atividade. Esse aspecto do tema mereceu a atenção de Gilberto Bercovici, que pontuou nos seguintes termos:

Afinal, a instalação da indústria petroleira, em qualquer de suas atividades, já contribui para aumentar consideravelmente a arrecadação de impostos municipais e estaduais, especialmente o ICMS. O problema trazido pela indústria petrolífera aos Estados e Municípios não é a maior infra-estrutura urbana necessária, mas a qualidade desta infra-estrutura. O que não poderia ocorrer é a imobilização ou o desperdício de capitais que deixarão de existir com o esgotamento do recurso mineral. (BERCOVICI, 2011, p. 338)

Por outro lado, o fundamento para a participação do Poder Público nos resultados da exploração de recursos minerais é distinto do que embasa a compensação financeira, o que fortalece o argumento pela diferenciação dessas duas figuras jurídicas.

Conforme dito, os recursos minerais, e o petróleo em particular, revestem-se de grande importância econômica, e, por se tratarem de bens não renováveis, irão se exaurir com o decurso do tempo. Isso faz com que se torne necessária a criação de mecanismos que tornem proveitosa a exploração dessas riquezas para toda a coletividade, em benefício público. Por esse motivo, o Estado, como representante de toda a sociedade, deve ter uma participação nos resultados financeiros da exploração desses bens, como uma forma de reverter parte desse

enriquecimento para a promoção de políticas públicas que se dirijam a todos, e mais especificamente às parcelas mais necessitadas da população.

Portanto, diante da redação do art. 20, §1º da Constituição Federal de 1988, a conclusão mais acertada é a de que existem duas espécies de remuneração ao Estado pela exploração de recursos naturais, com fundamentos distintos, dentro das quais o legislador ordinário deverá enquadrar os diversos instrumentos fiscais estabelecidos nesse sentido<sup>[4]</sup>.

### 2.3 O enquadramento dos *royalties* sobre a exploração de petróleo em face das duas alternativas postas pelo art. 20, §1º da Constituição Federal

Superado o ponto anterior, é de se indagar: em qual dessas distintas categorias constitucionais enquadram-se os *royalties*? Para isso, faz-se necessária a análise da legislação infraconstitucional de regência, de sorte que, conhecendo o formato conferido pelo legislador brasileiro ao instituto dos *royalties* sobre a produção petrolífera, seja possível determinarmos qual a sua natureza, em conformidade com os preceitos constitucionais.

Conforme o texto do art. 47 da Lei nº 9.478/97, no regime de concessão: “Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.”. É interessante notar que essa alíquota poderá ser reduzida a um valor mínimo de 5% (cinco por cento) da produção, conforme disposto no art. 47, §1º do mesmo diploma, caso haja riscos geológicos, ou levando-se em conta as expectativas de produção e outros fatores pertinentes<sup>[5]</sup>.

Já no tocante ao regime de partilha, aplicável à exploração de petróleo nas áreas da camada pré-sal, a Lei nº 12.351/2010 estabelece, no seu art. 42, §1º, que os *royalties* correspondem a uma alíquota de 15% (quinze por cento) aplicada sobre o valor da produção<sup>[6]</sup>.

Percebe-se, destarte, que, nos dois regimes jurídicos atualmente existentes no Brasil para a exploração petrolífera, quais sejam, o de concessão e o de partilha, o legislador relacionou o pagamento dos *royalties* à aplicação de uma determinada porcentagem sobre o valor da produção de petróleo pela empresa contratada para realizar a exploração.

Como já explanado, o quantitativo da produtividade nada tem a ver com qualquer dano ambiental, social ou econômico a ser eventualmente suportado pelas regiões produtoras, na medida em que é possível que em uma área de alta produção e faturamento, os riscos ambientais ou socioeconômicos sejam irrisórios,

enquanto em regiões de menor rentabilidade os riscos associados à produção sejam maiores, em virtude de características geográficas intrínsecas à localidade.

Portanto, não se amoldam os *royalties* sobre a produção petrolífera, na forma em que tal instituto foi delineado pelo legislador brasileiro, na figura da “compensação financeira” prevista no art. 20, §1º da Carta Magna, uma vez que a sua base de cálculo é justamente o valor da produção de petróleo ou gás natural efetuada pelas empresas.

Por outro lado, levando-se em consideração que os *royalties* consistem em uma alíquota aplicada sobre valor da produção, é de se concluir que o mencionado instituto melhor se enquadra na categoria de “participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural”, prevista no art. 20, §1º da Constituição. Com efeito, ao receber uma porcentagem do valor produzido pelas empresas petrolíferas, quando do recebimento de *royalties*, o Poder Público, representado pelas diversas esferas federativas, nada mais faz do que participar economicamente dos resultados aferidos na exploração de petróleo ou gás natural.

E não invalida essa conclusão o fato de que o legislador, em determinados momentos, relaciona os *royalties* com a figura da “compensação financeira”, como ocorre, por exemplo, no art. 42, §1º da Lei nº 12.351/2010, ou no art. 11 do Decreto nº 2.705/1998<sup>[7]</sup>, o qual “Define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e dá outras providências.”

Isso porque, como é cediço, o legislador por vezes não adota os termos técnicos adequados a um determinado caso. Por esse motivo, a nomenclatura legal não tem o condão de modificar a natureza jurídica de um instituto. Nesse sentido, aliás, foi o entendimento seguido no RE nº 228.800/DF, já mencionado neste trabalho, em juízo que, embora aplicável à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais, em tudo se amolda ao estudo dos *royalties* do petróleo:

Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira “participação nos resultados” da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de “compensação financeira” pela mesma exploração – outro termo da alternativa posta pelo art. 20, §1º, da Constituição: cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do

art. 4º, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada à exação. (STF - RE: 228800 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/09/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-11-2001 PP-00021 EMENT VOL-02052-03 PP-00471)

O entendimento que se vem de mostrar torna-se amparado igualmente pelo fato de que, caso se entendesse que os *royalties* sobre a exploração de petróleo configuram uma compensação financeira por eventuais prejuízos causados às regiões produtoras, não faria nenhum sentido o seu pagamento a Estados e Municípios quando a exploração ocorresse no mar territorial, na zona econômica exclusiva ou na plataforma continental<sup>[8]</sup>, na medida em que esses territórios constituem área da União, como aponta Gilberto Bercovici:

Os *royalties* do petróleo, no entanto, não podem ser compreendidos como uma compensação pela exploração de recursos minerais nos territórios dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Afinal, se forem compensação, a partilha dos recursos arrecadados não faria o menor sentido no caso da exploração de petróleo e gás natural na plataforma continental, na zona econômica exclusiva ou no mar territorial, cujos recursos naturais pertencem à União (artigo 20, V e VI da Constituição). (BERCOVICI, 2011, p. 343).

Em suma, diante do que foi até aqui exposto, pode-se concluir que a natureza jurídica dos *royalties* sobre a produção petrolífera é de participação nos resultados da exploração, e não de compensação financeira por eventuais prejuízos que esta atividade cause aos Estados e Municípios produtores de petróleo.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, pode-se concluir que os *royalties* decorrentes da exploração petrolífera, conforme estabelecidos pela legislação ordinária brasileira, não se amoldam à figura da compensação financeira, prevista pelo art. 20, §1º da Constituição Federal, mas sim à da participação nos resultados da exploração, estabelecida pelo mesmo dispositivo.

Com efeito, como demonstrado no decorrer do trabalho, a base de cálculo dos *royalties* é o valor da produção de petróleo ou gás natural efetuada pelas empresas, quantitativo que nada tem a ver com qualquer dano ambiental, social ou econômico a ser eventualmente suportado pelas regiões produtoras. De outra banda, o recebimento, pelo Poder Público, de porcentagem do valor



produzido pelas empresas petrolíferas, como ocorre no caso dos *royalties*, constitui evidentemente uma participação econômica nos resultados aferidos na exploração de petróleo ou gás natural.

Trata-se, por conseguinte, de fonte de receita pública que tem o objetivo de dirigir parte do enriquecimento derivado da exploração dos recursos naturais em terra para a promoção de políticas públicas que se dirijam a toda a sociedade, e com maior ênfase à parcela da população que mais depende dos serviços públicos. Não se cuida, assim, de compensação por eventuais danos causados pela indústria do petróleo.

Essa constatação possui consequências relevantes, especialmente no que diz respeito à distribuição dos montantes arrecadados a título de *royalties* entre os entes da federação brasileira. Com efeito, não se tratando de compensação financeira, mas sim de participação econômica nos resultados da exploração do petróleo, inexistente óbice para a repartição de tais valores entre entidades federadas não-produtoras de petróleo, na linha das alterações efetuadas com a Lei nº 12.734/2012, que diminuiu a participação dos Estados e Municípios produtores, beneficiando os demais entes federativos.

#### 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 228.800/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252741>. Acesso em: 27 maio 2019.

MARTINS, Daniela Couto. **A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RUBINSTEIN, Flávio. **Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito

Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27082013-113220/publico/microversao\\_TESE\\_FLAVIO\\_RUBINSTEIN.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27082013-113220/publico/microversao_TESE_FLAVIO_RUBINSTEIN.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2019.

SERRA, Rodrigo Valente. **Contribuições para o debate acerca da repartição dos royalties petrolíferos no Brasil**. 2005. 289 f. Tese (Doutorado) - Instituto de Economia, Unicamp, Campinas, 2005. Disponível em: <[http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/285446/1/Serra\\_Rodrigo\\_Valente\\_D.pdf](http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/285446/1/Serra_Rodrigo_Valente_D.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

#### NOTAS:

[1] A alteração promovida pelo Congresso Nacional teve sua constitucionalidade questionada pelos Estados produtores, os quais foram prejudicados pelas novas regras, que destinaram maiores recursos para Estados e Municípios não produtores. Nesse sentido, foram propostas as seguintes Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, a ADI nº 4917; pela Mesa Diretora do Poder Legislativo do Rio de Janeiro, a ADI nº 4918; pelo Governador do Espírito Santo, Renato Casagrande, a ADI nº 4916; e pelo Governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, a ADI nº 4920. Todas essas ações foram distribuídas à relatoria da Ministra Cármen Lúcia. De acordo com notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do tema foi marcado para o dia 20 de novembro de 2019. (Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=408229>>. Acesso em: 27 maio 2019).

[2] A constitucionalidade desse regime é questionada por Bercovici (2011, p. 314): “[...] não se pode relegar o fato de que a Lei nº 9.478/1997, que instituiu o modelo das concessões petrolíferas, é inconstitucional, pois o concessionário não pode ser proprietário do produto da lavra, sob pena de contrariar o fato de que o petróleo é um bem público de uso especial e é também monopolizado pelo Estado (artigos 20, IX e 177 da Constituição de 1988). [...]”. Não foi esse, contudo, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3273 e 3366, sufragou o posicionamento de que o regime instituído pela Lei nº 9.478/97 não afronta a Constituição.

[3] Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais: I - royalties; e II - bônus de assinatura.

[4] A diferença entre as duas modalidades de remuneração ao Poder Público pela exploração de recursos naturais previstas pelo art. 20, §1º da CF/88 (compensação financeira e a participação nos resultados da exploração), na perspectiva do Direito Tributário, é descrita por Roque Antônio Carrazza (1995, p. 90-95).

[5] Art. 47 (*Omissis*) § 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

[6] Art. 42 (*Omissis*) § 1º Os royalties, com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo. (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012).

[7] Art 11. Os royalties previstos no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.

[8] A Lei nº 8.617/93 dispõe sobre o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva do Brasil, e os define nos seguintes artigos: "Art. 1º O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil."; "Art. 6º A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial."; "Art. 11. A plataforma continental do Brasil compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.".

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

**GEOVANNA DE OLIVEIRA GOMES:**

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

**GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS<sup>11</sup>**

(Orientador)

**RESUMO:** A violência doméstica se corporifica como um problema de cunho público, visto que, independente de sua classe econômica, raça ou grupo étnico, as mulheres estão propensas a sofrerem as graves consequências físicas, psicológicas e sociais que o fenômeno provoca. Concerne a um problema atual e de grande complexidade, tornando fundamental que haja métodos mais sensíveis que possam resolver de modo eficaz os conflitos, oferecendo maior assistência à mulher; trazendo-a para a parte central do enfrentamento do litígio. A Justiça Restaurativa e suas práticas equivale em um novo tratamento como resposta ao delito, tendo como finalidade a reparação de danos por meio de um entendimento recíproco para o fortalecimento de uma cultura de paz. Para a realização do estudo e, conseqüentemente, visando à obtenção de resultados, foi realizada uma pesquisa dedutiva, qualitativa, descritiva e bibliográfica com dados obtidos em documentos físicos e eletrônicos. Ao final da pesquisa conclui-se que a Prática Restaurativa é o método secundário de grande importância capaz de proporcionar a mulher vítima da violência uma maior assistência e empoderamento, capaz de diminuir os sofrimentos causados após uma agressão física e psicológica, bem como oferta ao agressor um espaço para reflexão da sua conduta e realinhamento de posturas desviantes.

**Palavras-chave:** Conflitos. Justiça Restaurativa. Reparação de danos. Violência Doméstica.

**ABSTRACT:** The domestic violence, It embodies like a problem public character, Being that, regardless of your economy class, race or ethnic group, women are prone to suffer the serious physical consequences, psychological and social that the phenomenon causes. We are talking about a current problem and of great complexity, making it fundamental that there are methods most sensitive that can solve in effective mode the conflicts offering greater assistance to women, and bringing her to the central part of the dispute. The Restorative Justice is equivalent to a new treatment in response to the offense, having as purpose damage repair through reciprocal attendance for the strengthening of a culture of peace. For the

accomplishment of the study and, consequently, aiming at obtaining results, a deductive survey was performed, qualitative, descriptive and bibliographic with data obtained in physical and electronic documents. At the end of the research it is concluded that restorative justice is the secondary method of great importance able to provide women victims of violence greater assistance and empowerment, able to reduce the suffering caused after a physical and psychological aggression, as well as offer to the aggressor a space for reflection on your conduct and realignment of deviant postures,

*Keywords:* Conflicts. Restorative Justice. Damage repair. Domestic violence.

## **INTRODUÇÃO**

A violência doméstica é um fenômeno social global que viola a integridade física da vítima, bem como sua integridade moral. Está presente em todo o cenário mundial e se consubstancia como uma das grandes enfermidades de nossa sociedade, podendo apresentar várias formas e sobrevir por circunstâncias diversas.

Esta pesquisa procura fazer uma reflexão acerca do modelo restaurativo, que está em funcionamento no Brasil há cerca de 20 anos e coleciona resultados positivos. A Justiça Restaurativa aspira, mediante um ideal reconciliatório, focalizar as necessidades daqueles que estão imersos no conflito, e conseqüentemente, dirimir esse de modo dispare ao punitivismo clássico do sistema penal atual.

Almeja-se a partir dessa pesquisa, vislumbrar a viabilidade da aplicação da justiça restaurativa como estratégia eficaz para a dissolvência de conflitos, principalmente ao que tange à violência doméstica, mediante um trabalho qualitativo que proporcione a resolução do conflito, por meio do encontro entre os envolvidos, diretamente e indiretamente, envolvendo a focalização na vítima, o dano causado por influência do delito, além da atenuação das conseqüências da lesão provocada, objetivando edificar ações de cooperação, respeito e diálogo, indo, portanto, na contramão da Justiça Penal, tendo em conta que a justiça restaurativa aspira a reinserção social do agente infrator, através da auto-responsabilização.

Tem-se que a Justiça Restaurativa é um método alternativo penal de tratamento de conflitos, que se orienta pela criatividade e sensibilidade alicerçada na escuta dos ofensores e da vítima, busca através de diálogos com intervenção de facilitadores, decidirem mais satisfatoriamente a recuperação pelos danos causados.

A necessidade da discussão do tema descende da clara ineficiência da cultura punitiva contemporânea, que corrobora para a crescente superlotação carcerária brasileira, e que caminha em via contrária a ressocialização e a reeducação do criminoso, inabilitando que esse retorne recuperado, de fato, ao convívio com o corpo social. Não procura atender os anseios da principal prejudicada, a própria vítima. No modelo retributivo a vítima é visivelmente excluída do polo principal, perde sua voz ativa no procedimento punitivo, passando a ocupar uma posição distante no litígio, prestando na maior parte das vezes como mero elemento de prova.

Verifica-se que a cultura punitiva vem corroborando para uma afronta à dignidade humana, dado que é constatado o intenso segregacionismo, que encarcera apenas grupos já marginalizados da sociedade, imputando a esses a indignidade, insalubridade presente no contexto prisional, realidade que, como exposto, bloqueia qualquer tentativa de ressocialização ao apenado. A prisão revela-se como verdadeiro abismo entre o mundo exterior e os presos, promovendo revolta com o tratamento arbitrário e sub-humano recebido.

Na busca por métodos penais eficientes e na luta contra o alto índice da criminalidade atual, torna-se imperioso o conhecimento de outros modelos de responsabilização penal, que possa cumprir com os propósitos da pena, posto que, como mostrado anteriormente, a cultura punitiva caminha em via contrária ao seu objetivo, a reabilitação do preso. Destarte, a justiça restaurativa revela-se como uma interessante alternativa, dado que ela estampa um novo paradigma de conceitualização de crime, exibindo novas possibilidades de respostas eficazes de justiça à sociedade.

Propõe-se mostrar à comunidade jurídico-acadêmica e à sociedade em geral a percepção dos resultados positivos que as práticas restaurativas provocam, já que o programa traz o seu diferencial, que é ter como cerne a restauratividade da paz social, promovendo o diálogo, o encontro entre os indivíduos afetados pelo conflito, para que juntos possam buscar a melhor alternativa para a restauração da lesão causada, curando as sequelas deixadas pelo crime, e principalmente trazer à mulher o seu empoderamento, e destaque no litígio, oportunizando-lhe voz ativa.

Nesse contexto, no decurso do artigo será possível constatar que a justiça restaurativa pode ser encarada como um novo rumo para a política criminal contemporânea brasileira, sendo um método apropriado para suprir as falhas do sistema punitivo, que não logra êxito em seus proclamados fins de pacificação e controle social.

O modelo restaurativo manifesta-se a contar da apuração do falido ideário retributivo. Propõe-se modificar o cerne do sistema retribucionista, não mediante o abolicionismo da cultura punitiva, e sim através da instauração de um método, que emprega conceitos distintos de justiça e crime. Destarte, será feita a descortinação do modelo restaurativo, manifestando a primordialidade de sua aplicação, principalmente no que envolve a violência doméstica.

## 1. INSUSTENTABILIDADE DO PARADIGMA RETRIBUTIVO

O modelo clássico de justiça criminal tem como resposta ao delito a pretensão punitiva do Estado ao justo e necessário castigo, da qual seu escopo é empregar a pena como efeito preventivo. No modelo combinam-se as penas privativas de liberdade, as penas de multa e as restritivas de direito.

O estabelecimento da pena privativa de liberdade como principal sanção cominada aos indivíduos que cometeram alguma infração penal teve seu marco na virada do século XVIII para o século XIX. A pena de morte e a violação corporal por meio dos castigos, como espécies de sanções penais, passaram a diminuir de modo vultoso, mormente no que concerne aos países ocidentais (GRECO, 2015).

Remotamente, a prisão não detinha como finalidade a de exercer um papel de condenação principal aquele que violou a norma, praticando determinada infração penal. Segundo Greco (2015, p. 97), “a prisão do acusado era tida como uma custódia de natureza cautelar”, isso é, unicamente processual, posto que, ainda conforme as lições de Greco (2015, p. 97), “aguardava a decisão que, se concluísse pela sua responsabilidade penal, o condenaria a uma pena de morte, ou mesmo a uma pena corporal, ocasião em que, logo depois de aplicada, seria libertado”.

O termo “penitenciária”, comumente utilizado na atualidade para intitular o local onde é cumprida as penas por aqueles que violaram normas, na antiguidade eram habitualmente designadas aos Monges, que efetivamente cumpriam suas penas ligadas a algum ato religioso, sem, contudo, ser utilizadas para aqueles que violaram normas sociais, já que como já explanado, na antiguidade, a prisão, era um local de custódia provisória e tormento, onde o acusado era sujeitado a interrogatórios tirânicos, em que o emprego de tortura era frequente Procurava-se extrair do indivíduo a confissão que conseqüentemente traria aos castigos corporais, aflitivos, até mesmo sua morte.

Na Idade Média, similar ao período anterior, a privação da liberdade do acusado era reconhecida também como de natureza processual, posto que o intento da prisão era unicamente o de aplicar a penalidade corpórea. Esse período ficou marcado como um dos mais hediondos da história, já que não havia a

prevalência a dignidade dos seres humanos, muito pelo contrário, as torturas aconteciam em praça pública, sob os olhares ávidos da sociedade, que se deliciavam com o sofrimento que era perpetrado ao indivíduo, o que ocorriam eram espetáculos de horrores, onde as mutilações e mortes eram praticadas na presença da multidão, que se deliciava com o sofrimento alheio.

A situação a que os acusados eram colocados quando estavam retidos em cárceres provisórios, é bem similar a atualidade, principalmente em países em fase de desenvolvimento ou emergentes, já que esses indivíduos, ficavam, comumente, confinados em ambientes sub-humanos, em masmorras, com carências em matéria de alimentação, privados, do próprio sol, ar.

Ao longo dos tempos, novos problemas foram surgindo e conseqüentemente novas formas de punições do Estado foram sendo criadas, novos sistemas penitenciários foram se desenvolvendo, principalmente, procurou-se resguardar a dignidade da pessoa humana, evitando-se todos os tratamentos degradantes, como tortura, os castigos a que eram sujeitados os indivíduos que violassem as normas impostas.

Ocorre, que apesar de todas as mudanças pregadas pela história, a prática existente na atualidade demonstra que nem todas as coisas mudaram, ainda permanecem as condições degradantes daqueles que cometeram algum crime.

O sistema punitivo brasileiro ostenta que uma de suas principais finalidades é a ressocialização do indivíduo, contudo, constata-se que na conjuntura atual dos presídios brasileiros essa reabilitação é utópica, posto que se pensa num ideal, mas sem estratégias que permitam a ressocialização tão idealizada.

O escasso investimento do Estado é um fator determinante para o colapso do sistema penitenciário no Brasil. Os presídios foram se decompondo ao longo dos anos, e conseqüentemente a população carcerária foi se adoecendo. Isso se deve, em razão das condições precárias nas quais os egressos são submetidos.

A dura situação existente no sistema punitivo mostra-se incompatível com a Legislação Penal Brasileira, onde se vigoram tratamentos desumanos, que em nada se equiparam a um ambiente ressocializador, já que os detentos são alocados em espaços sub-humanos, com carências vultosas em nível de estrutura, higiene, ventilação.

Esses fatos têm desencadeado uma afluência de intercorrências no ambiente intramuros, como a transmissão de doenças e violência. Segundo Greco (2015, p. 229) "o ambiente promíscuo e superlotado do cárcere é propício a toda sorte de doenças contagiosas. Tuberculose, AIDS, doenças de pele, hepatite, enfim, o preso



está sujeito a todo tipo de doenças que, fatalmente, debilitarão a sua saúde". A conjuntura de todos esses aspectos permite tornar visível o colapso da justiça retribucionista brasileira. A cultura punitiva é, portanto, em sua essência, transgressora dos direitos humanos dos presos.

A maior mácula do sistema punitivista brasileiro é a superlotação carcerária. Cenário que explicita o declínio do sistema penitenciário dado que, o que está contido em lei não é empregado na prática, já que na teoria, o condenado deveria ter o direito a cela individual, conforme art. 88 da Lei de Execuções Penais:

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

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

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

b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

É evidente que para ocorrer a efetivação da reabilitação do indivíduo, esse precisa de um ambiente salutar, e não conviver em celas superlotadas com presos das mais altas periculosidades. Segundo Greco (2015, p. 228), "a superlotação dos presídios é o mais crônico dos problemas, já que amontoar pessoas em um ambiente hostil é suprimir a dignidade dessas".

O aumento estratosférico de presos não foi acompanhado de investimento proporcional no sistema carcerário, a sua ruína advém precipuamente da inobservância do poder público em se fazer cumprir o que está contido em lei. Segundo Greco (2015, p. 226) "a deficiência do sistema carcerário nunca atraiu, a preocupação do Estado". Não há sensibilização suficiente para provocar a mobilização eficaz face às condições de saúde deploráveis, os ambientes superlotados, a ausência de atividades laborais e educativas. As prisões inviabilizam a ressocialização dos seus detentos, já que o ambiente agressivo corrobora para a revolta desses indivíduos, e conseqüentemente para a futura prática de novos delitos, já que o contato com outros presos cria uma universidade do crime, e aperfeiçoamento do mesmo.

Os encarcerados no Brasil detêm de legislações, tanto nacionais quanto internacionais que garantem suas integridades físicas e morais, é perceptível a preocupação do legislador com a natureza humanitária do cumprimento da pena.

Ocorre que, apesar de haver previsões que assegurem a dignidade do apenado, e que preveem a atenção aos direitos humanos dos presos, a realidade vigorada nas cadeias é díspare.

Ademais, ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana, tenha sede constitucional, constata-se no contexto atual dos presídios brasileiros, uma maculação pelo próprio Estado a esse direito, aquele que deveria ser o maior responsável pela sua observância, acaba se transfigurando em seu maior infrator.

Os direitos dos presos são negligenciados pelo Estado. Pode ser observado com nitidez é que indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária como já exposto, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos etc. Ou seja, percebe-se que a realidade caminha em via contrária aos ditames da lei, já que apesar de pregarem nos Art. 12. da LEP: "A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas." e Art. 14 "A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.", o que está visível é a falta de todos esses deveres do Estado.

É incontroverso que não é somente o Estado que não cumpre sua responsabilidade no que concerne à assistência na reinserção do condenado na esfera social. O que é perceptível é que a sociedade similarmente não está preparada para receber o indivíduo que passou pelo ambiente degradante da penitenciária.

A ressocialização do egresso, portanto, é uma tarefa quase que impossível, pois não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal. O corpo social se mantém inerte diante da situação degradante dos presos, posto que concebem uma opinião contrassensa de que os indivíduos que estão encarcerados merecem passar por situações ultrajantes, violentas, para compensar o mal, e o sofrimento que causaram a outrem.

Nota-se um assentimento generalizado na sociedade de que os egressos devem padecer dos males do Sistema, para que não regressem ao cometimento de novas transgressões. Ocorre que, no país o alto índice de reincidência dos criminosos originários do sistema penitenciário, tem salientado o contrário.

Apesar de não ser possível quantificar um número oficial, prevê-se que boa parte dos encarcerados retornam ao seio da sociedade dando continuidade a sua conduta delitiva, e, desta feita, acabam por voltar à prisão. Isso, aumenta substancialmente por efeito do caos do sistema, já que funciona como um ciclo, já que o indivíduo que cumpre sua pena, ao sair da cela, sente-se como um problema social. Ao encarar a sociedade, dá-se de encontro ao preconceito, ao estigma social, a falta de oportunidade, e por corolário, por efeito de ser marginalizado no meio social, retorna ao cometimento de novos crimes.

Logo, é evidente que o alto índice de reincidência é uma sequela da má administração dos presídios, e as precárias condições a que o condenado foi sujeito.

O sistema retributivo é visto como um patrocinador da desumanidade, já que promove o segregacionismo, cerceando a liberdade de indivíduos que já se encontram em um ambiente marginalizado. Observa-se que há um etiquetamento, já que a organização do sistema penal fomenta a seletividade e discriminação quando atua encarcerando apenas determinados segmentos sociais. Para Zaffaroni (2001, p. 27), "o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis". A cultura punitiva propicia a intensificação do desequilíbrio social, sendo que a mão carrasca do Estado só tem funcionalidade quando aplicada as camadas inferiores.

Importante mencionar ainda um outro fator que impede a reeducação dos detentos, que é o despreparo dos funcionários que exercem suas funções no sistema prisional. O que se observa é uma cadeia de corrupção, que alimenta o crime no sistema prisional brasileiro. Os funcionários que deveriam zelar pelo ambiente são os principais corruptores, já que se aproveitam da sua situação de superioridade para conseguirem obter vantagens sob os presos. Para Greco (2015, p. 230), "O ingresso de drogas, armas, a venda de lugares privilegiados, o acesso a telefones celulares e, até mesmo, a saída indevida de presos fazem parte desse despreparo dos funcionários".

De tudo o que foi exposto, pode-se observar que o sistema prisional está em crise, já que não consegue cumprir com o propósito para os quais foi criado, este resulta em um modelo antigo falido e ofensivo à dignidade da pessoa humana. Figura-se num modelo intimamente ligado com a ideia de vingança, herança da Lei de Talião. Concordante está a compreensão de Howard Zehr, que defende que o processo criminal contempla principalmente o estabelecimento de culpa (2014, p.

63). Essa visão superficial de culpa não permite que haja a consideração de outros pontos essenciais, como o contexto social, psicológico e econômico do indivíduo.

Após o estabelecimento da culpa, espera-se que o ofensor possa ter o castigo equânime ao mal causado. Segundo Zehr (2014, p. 72) a culpa e a consequente punição são o cerne do sistema punitivo.

Assim, entende-se que a Justiça retributiva mostra-se pouco efetiva no seu papel de pacificação e controle social. O viés ressocializador não se vislumbra tornando possível assistir a falha do sistema penal hodierno, dado que o sujeito ativo do crime, ao ser submetido a uma pena encarceradora de sua liberdade é impelido a um regime de dessocialização que o torna tendente ao cometimento de outras transgressões.

Com todas essas deficiências escancaradas, surge a necessidade da elaboração de uma nova estratégia para a justiça criminal. A justiça restaurativa surge como um modelo capaz de trazer uma maior humanização a justiça atual, e, principalmente, volver a focalização na vítima, que é vista como mero elemento de prova na cultura punitiva, sem contudo deixar de lado a figura do preso, já que é essencial que seja dado a esses condições dignas nas cadeias, já que em algum momento, estarão de volta à sociedade, e é essencial que haja a minimização do estigma carcerário, valorizando o ser humano que, embora tenha errado, continua a pertencer ao corpo social.

A Justiça Restaurativa se denota como um agrupamento de práticas de tratamento adequado de conflitos, que com uso de técnicas sensíveis e criativas buscam o empoderamento da vítima e a responsabilização do ofensor, sem deixar de lado sua dignidade, o que é inobservado na cultura punitiva.

A abordagem da Justiça Restaurativa está na restauração do dano e da reconstrução das relações entre os indivíduos. Anseia assistir e satisfazer de modo eficaz as necessidades daquela que mais sofreu os danos, a vítima, dando-lhe voz ativa, e conseqüentemente, oportunizando-lhe o empoderamento que é perdido quando há a agressão, seja física ou psicológica. Também, procura reabilitar o agressor, convocando-lhe a atuar no processo de reparo as lesões causadas. As práticas restaurativas, portanto, destinam-se a produzir um processo produtivo e reintegratório, onde todos se envolvem ativamente, almejando a satisfação e resolução das questões oriundas desse conflito (PRUDENTE, 2011).

A justiça restaurativa não foca no delito, e sim na resolução do conflito, permitindo uma maior atenção a vítima e a reabilitação do agressor, busca-se confrontar o criminoso com a vítima, ofertando a essa figura a experiência moral de

tomar contato real com o mal, sofrimento que este causou a sua vítima, já que ao está cara a cara ao mal causado, e as sequelas dessa agressão, a viabilidade de vir a refletir é muito maior e mais efetiva, do que ser impelido a um sistema carcerário que cerceia sua liberdade, sem, contudo, apresentar a reabilitação tão utópica (CUNHA; LARA, 2015).

A Justiça Retributiva caminha em via contrária às práticas Restaurativas, dado que visa somente a punição do transgressor, deixando de lado, portanto, a sua ressocialização e, portanto, sua reeducação, voltando a reincidir, já que não tem contato com o sofrimento causado.

Zehr (2008), acentua as alteridades entre os preceitos tocantes à Justiça Restaurativa e à Retributiva. Ao que concerne à Retributiva, seus princípios estão fundamentados na punição do agente. O paradigma clássico de justiça criminal possui como resposta ao delito a pretensão punitivista do Estado, ao justo e necessário castigo, cujo objetivo é a aplicação das penas com efeito preventivo ao culpado pelo delito. Contudo, a falta de legitimidade do sistema penal, a desumanidade, e a carência de infraestrutura dos estabelecimentos prisionais, impulsionaram à expansão da justiça restaurativa, os valores da Justiça Restaurativa se instituem na compreensão realística de crime, ou seja, ao ato que viola a integridade da vítima, ocasionando-lhe danos, predominando os interesses das pessoas envolvidas e da comunidade. Na justiça restaurativa todos os sujeitos se envolvem ativamente da construção da prestação jurisdicional e a restauração da situação se mostra possível a partir da construção coletiva.

O fito desse modelo é permear e converter o sistema de justiça criminal de forma gradativa, conduzindo-se como um modo complementar, acossando metas e propósitos mais exigentes, servindo de bases flexíveis e informais e contando com baixos custos sociais.

A justiça restaurativa pretende volver a focalização nas partes envolvidas no conflito, tencionando minimizar os resultados negativos da agressão provocada. Enquanto o modelo retribucionista tem como raiz fundante apenas a retribuição do mal causado, por meio das sanções penais, sem primar pelos interesses da vítima, o infrator e a comunidade. O modelo atual traz friamente a punição do infrator, sem se restringir apenas à fixação da pena privativa de liberdade, mas, principalmente, aos efeitos que decorrem dessa punição. O poder punitivo do Estado é executado sem questionamento algum, visa somente que o desviante seja alocado dentro do sistema carcerário com a finalidade de, popularmente, "pagar pelo o que cometeu" (ZEHR, 2012).

Segundo entendimento de Zehr acerca da Justiça Retributiva (2012, p. 24 e 27), "o crime é definido como ato cometido contra o Estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo". Desse modo, a justiça restaurativa atua com o propósito de resguardar os direitos da vítima que teve sua confiança vilipendiada. Não obstante, o autor especifica em sua obra "*Trocando as Lentes*" que, na Justiça Restaurativa "O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros" (2008, p. 9). O autor aduz ainda que na justiça restaurativa ocorrerá o envolvimento da vítima, do indivíduo agressor e da sociedade na procura por soluções que suscitem a segurança, reconciliação e reparação.

A cura que a justiça restaurativa pode propiciar a vítima não é a de esquecer e minimizar a violação que lhe foi imputada, mas sim a sua recuperação, a prática restaurativa vai lhe oportunizar fechar aquele ciclo da agressão, e principalmente vai lhe resguardar a sua atuação de empoderamento. Também visualiza a figura do agressor como um sujeito de direitos que deve ser responsabilizado, contudo, sem ter sua humanidade violada, como acontece no sistema carcerário, que ao imputar a responsabilização ao indivíduo, o constrange a um ambiente sub-humano, interferindo na sua reabilitação, já que ninguém pode ter a capacidade de se regenerar quando tem sua dignidade infringida (ZEHR, 2012).

Outra grande diferença entre os dois modelos é ao que concerne ao procedimento. Enquanto a Justiça Restaurativa objetiva trazer as partes ao ponto central do processo, o modelo tradicional trabalha com a crescente solenidade e o afastamento das partes, principalmente da vítima. Ademais, a Justiça Restaurativa pretende a redemocratização do procedimento e o compartilhamento do poder decisório, já que as partes por meio do diálogo, e de técnicas sensíveis e eficazes, podem decidir acerca da resolução do conflito, o que gera uma redução de danos e uma maior efetividade jurisdicional.

Parafraseando Zehr (2012), um grande estudioso da justiça restaurativa, o modelo esforça-se pela responsabilização através da reparação, envolvendo ativa e responsavelmente na busca negociada de uma solução válida, de maneira que o agressor assuma a realidade do dano causado, estendendo assim o quantitativo de conflitos resolvidos, além de restabelecer a coexistência social.

Analisa-se que o modelo restaurativo aspira trazer a responsabilização do agressor, e oportunizar a vítima, debater o impacto do delito, e como esse pode ser dirimido, uma vez que, a marca das práticas restaurativas é a escuta das partes, assim o diálogo detém de um poder transformador, que vai promover a resolução eficaz daquele conflito, já que se preocupa com a restauração da situação e não exclusivamente com a punição do agressor.

A punição do delito nem sempre equivalerá a um desenlace adequado e satisfatório ao caso concreto, por isso mesmo, a justiça restaurativa trabalha com a resolução eficaz às partes, sem deixar de lado suas necessidades e os danos que foram causados, principalmente resguardar as vontades daquela que é mais afetada pelo delito, a vítima (ROBALO, 2012).

Meritório acentuar que mesmo sugerindo uma nova ótica na forma de enxergar o sistema penal, a justiça restaurativa não anseia apagar ou promover o abolicionismo do sistema tradicional hodierno, longe disso, “planeja tornar visível novas formas de se resolver os conflitos, concebendo um vínculo jurídico infindável entre a satisfação racional do sentimento de justiça e as garantias de cidadania democrática” (PALLAMOLLA, 2009, p. 73), substanciando as garantias processuais penais e harmonizando o processo, para que este possa se aproximar dos atingidos pelo delito. Contudo, aplicando a Justiça Restaurativa no Estado Democrático de Direito, é exercida a cidadania através da realização dos direitos humanos, e a disponibilização de um espaço liberal democrático, conquistando a abordagem das relações sociais incluídas em conflitos de maneira pacífica (COSTA; COLET, 2011).

## **2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ESTRATÉGIA DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ**

É cada vez mais comum a inserção de métodos e técnicas de tratamento adequado de conflitos no Poder Judiciário. É notório que o judiciário, encontra-se abarrotado de demandas e que, efetivamente, não logra êxito em resolver com celeridade todas as dissensões que são trazidas ao seu conhecimento. Essas técnicas e métodos revelam estratégias humanizadas de lidar com os conflitos e por consequência colaboram com a diminuição das diversas ações judiciais em andamento e evitando novas demandas, embora não seja essa a sua finalidade primeira. Além disso, ainda, essas estratégias respondem de modo mais satisfatório as necessidades das partes oriundas do conflito.

Visando justamente trazer a sensibilidade no trato dos conflitos, e priorizar a democracia participativa, trazendo as partes ao centro do processo, a justiça restaurativa foi trazida e introduzida formalmente no Brasil pelo Ministério da Justiça, através da Secretária da Reforma do Judiciário, e se expandiu pelo país, buscando reconstruir a noção de crime, e pacificar a sociedade, por meio do diálogo, e de outras técnicas estruturadas e criativas que permitem dirimir os conflitos, e provocar a reflexão.

Para a Justiça Restaurativa, o crime não é apenas uma violação aos interesses do Estado, mas principalmente, ele é uma transgressão aos direitos das partes

envolvidas no conflito, portanto, é um fato gerador de danos a toda a coletividade. Howard Zehr, um dos pioneiros da justiça restaurativa, retrata o crime na perspectiva restaurativa como sendo uma violação de pessoas e relacionamentos (2008, p. 171) para ele a infração possui um contexto mais vasto, e que em função disso é necessário adentrar nas origens do delito, conceder uma abordagem mais democrática com relação aos envolvidos e não manter uma observação apenas de causa e efeito como defendido no sistema penal.

Mas antes de analisar a fundo esse modelo secundário, com todas as suas particularidades, é necessário compreender um pouco acerca da evolução desse, sua origem, e o papel das civilizações antigas para a sua moldura.

Como mencionado, a justiça restaurativa é um processo novo no Brasil, contudo, antigo em outros lugares do mundo. Essa é fruto de um processo existente nas mais antigas comunidades tribais, já que os seus integrantes se ordenavam em círculos com o fito de conversarem sobre os conflitos e assim dirimi-los. Ademais, a prática também era habitual nas famílias mais antigas, na qual se sentavam ao redor da mesa para abordar sobre as discórdias. Essa prática milenar alcançava por meio do diálogo a resolução dos conflitos, já que propiciava o respeito e a reflexão acerca das suas condutas.

Portanto, segundo Andrade (2012, p. 333), a justiça restaurativa é primitiva e se remonta

há aos códigos de Hamurabi, Ur- Nammu e Lipit- Ishtar há aproximadamente dois mil anos antes de Cristo.

O termo “Justiça Restaurativa ” surgiu em 1950, pelo pesquisador e psicólogo Albert Eglash, que trabalhava com detentos e procurava mostrar aos mesmos como o comportamento delitivo era prejudicial às vítimas e quais atitudes deveriam tomar para amenizar os danos causados. (ANDRADE, 2012, p. 334). Contudo, o modelo restaurativo foi desenvolvido, e foi efetivamente colocado em prática de forma mais técnica em 1970, quando foi desenvolvida pela Nova Zelândia, inclusive considera-se o local como primeiro país a se valer das práticas restaurativas, e basear-se nos mecanismos de solução de litígios dos aborígenes maoris.

Em razão do crescimento de crimes e da delinquência juvenil, a Nova Zelândia sentiu a necessidade da criação de encontros familiares para dialogarem acerca da situação existente no país. Foram realizadas conferências restaurativas com fito de diminuir a criminalidade, a partir daí, outros países passaram a utilizar a justiça restaurativa como instrumento de diminuição da criminalidade, prática de restauração de indivíduos e propagação de paz.



Quase que simultaneamente à Nova Zelândia, o Canadá em 1974 na cidade de Kitcher, passou a utilizar do método restaurativo mesmo que sem usar de uma metodologia definida em relação ao modelo, inspiravam-se nas culturas indígenas, fazendo um círculo onde discutiam os motivos que ensejaram o conflito, e as formas de resolverem esse, de modo que as partes envolvidas teriam suas necessidades atendidas. O país possibilitou, e incentivou de forma significativa a reconciliação entre vítima e criminoso. A partir daí outros países passaram a utilizar da prática restaurativa como forma de dirimir os conflitos existentes na época, como é o caso da Alemanha, Itália, e outros.

Quanto a forma de difusão da justiça restaurativa na França, percebe-se uma disparidade, ao que concerne a comparação com outros países. Na década de 80, muitos operadores do direito, passaram a incentivar a constituição de programas cujo nome era " justiça de proximidade", em que adotava a mediação penal como forma de diminuir os conflitos, reparar os danos, e pacificar vítima e agressor, em regiões tidas como problemáticas.

A Justiça Restaurativa chegou oficialmente no Brasil em 2005, por iniciativa da antiga Secretária de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, de um modo ainda institucionalizada. Nesse período foram implementados três projetos-piloto, no Núcleo Bandeirante (DF), em São Caetano do Sul (SP) e Porto Alegre (RS). Desde então, difundiu por outros estados, mormente ao que se referia aos crimes de menor potencial ofensivo.

No Distrito Federal, o programa foi implementado no Juizado Especial Criminal, consistindo em viabilizar a resolução dos conflitos, sobretudo sendo aplicada nos crimes de menor potencial ofensivo, além da violência doméstica. Em São Paulo, foi inserido na Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, colaborando para prevenir e elucidar os conflitos. No tocante ao estado do Rio Grande do Sul, a inserção da justiça restaurativa se deu na 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre com o fito de reabilitar jovens que por alguma razão se inseriram no mundo do crime, por intermédio de medidas socioeducativas.

Apesar de ter chegado ao Brasil com o objetivo de ser empregado há alguns tipos de crime, a justiça restaurativa apresentou resultados tão satisfatórios que passou a ser aplicada também em crimes graves. Para muitos estudiosos, não há nenhum crime que não possa ser objeto do olhar do processo restaurativo, ainda que seja o mais grave. Isso se deve em função da justiça restaurativa buscar a reconstrução das ligações sociais rompidas em consequência do delito, já que como já falado ao longo do artigo, a importância dela está justamente no fato de que essa nasce como um instrumento de promoção da paz social e de respeito à dignidade

da pessoa humana. Ademais, a justiça restaurativa promove a mudança de percepção da sociedade defronte ao delito, propende modificar a forma como os indivíduos lidam com o crime, com a finalidade de que seja um modo de inserção e capacitação das partes.

A adoção de meios de resolução de conflitos consubstancia uma notável via para a oferta de novas soluções e um acesso mais democrático à justiça, gerando assim, um considerável fortalecimento do tecido social. A justiça restaurativa, estampa a aplicação prática desse modelo, já que anseia a pacificação social, e se propõe a substituição da cultura da violência pela cultura de paz. Portanto, apresenta-se como uma possível via sensível para humanizar a justiça, e vem ganhando destaque em diversos países do mundo, bem como, no próprio Brasil, já que proporciona deslindar o litígio por meio do encontro entre os envolvidos.

Como já falado ao longo da pesquisa, o modo de aplicabilidade da legislação penal não vem proporcionando resultados satisfatórios. O Sistema é falho, insuficiente e precário, principalmente ao que concerne a ressocialização daquele que cometeu algum crime. Assente nisso, muitos estudiosos passaram a buscar métodos secundários ao sistema tradicional. Daí a justiça Restaurativa, que traz princípios diversos do da justiça criminal tradicional e se mostra como a primeira resposta eficaz a ao delito cometido.

Zehr (2012, p. 15) explica que a Justiça Restaurativa “é um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. Oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas”.

A Justiça Restaurativa alvitra modificar radicalmente o sistema punitivo, já que aspira a renovação dos valores do direito penal e, conseqüentemente, almeja ocasionar uma mudança na mentalidade da sociedade, decompondo o entendimento de que somente a pena tem o condão de “punir” o sujeito pelo erro cometido.

A punibilidade, portanto, segundo o modelo restaurativo, deve obedecer a legalidade e não violar os direitos humanos, como vem acontecendo no sistema penal.

De acordo com Prudente (2011), a Justiça Restaurativa simboliza uma possibilidade, de oferecer uma resposta ao delito e assistir, de forma completa, os ofensores, as vítimas e o corpo social para a implantação de uma legítima cultura de paz.

O delito não corresponde ao objeto funcional da justiça restaurativa, aqui, trata-se dos conflitos decorrentes do delito. A essência da Justiça Restaurativa não

é a de volver a focalização unicamente na ocorrência do delito, propõe-se por meio do modelo, trazer os que foram vítimas do crime ao ponto central do processo, dando-lhes vozes ativas, para que por meio do diálogo possam chegar juntos a um resultado mais satisfatório para o caso (GOMES, 2013).

As práticas restaurativas se desvelam como uma importante e necessária viabilidade de recuperação do sistema punitivo brasileiro. Isso dado encontra-se nesse método de resolução de conflitos uma efetiva busca para atender as necessidades de todos os integrantes do conflito. Muda-se a figura de um Estado estritamente punitivista para a de um que se dispõe por meio de técnicas criativas de alternativas eficazes para integrar e reconstruir as partes que estão envolvidas no delito.

A alteração da abordagem da justiça retributiva é primordial para a consecução de resultados mais satisfatórios e a Justiça Restaurativa se manifesta como um paradigma consentâneo e efetivo de resolução dos conflitos, na atualidade, já que anseia a paz no trato com as partes, seja na responsabilização do agressor, seja na restauração da vida da vítima. Já que como falado ao longo da pesquisa, o cerne da justiça restaurativa é recuperar o ofensor mediante o contato com a vítima, incitando esse a se retratar pelo dano causado. Nesse modelo se insculpiu o mais poderoso princípio de conversão do ser humano, já que dá a ele a oportunidade de pensar sobre suas atitudes e as consequências que essas poderão gerar a ele e a outrem. Em contrapartida, a vítima também tem a oportunidade de mostrar o sofrimento que lhe foi provocado e como esse mal poderá ser reparado.

Portanto, a intenção da justiça restaurativa é despertar nas partes a restauração e a harmonia, propondo por meio do diálogo a paz social.

A justiça restaurativa traz em seu bojo algumas formas de sua aplicação, as quais são escolhidas mediante a observação do caso e sua real necessidade. As três que merecem destaque são: reuniões ou círculos restaurativos, os tratados de paz ou grupos de sentença e a mediação vítima-ofensor.

Nos círculos restaurativos há o encontro da comunidade, que pode ser composta por familiares ou integrantes do grupo comunitário, juntamente com as partes envolvidas diretamente no conflito que é a vítima e o agressor/ofensor, com o escopo de promover uma facilidade a vítima no momento de refletir e buscar as respostas aos questionamentos acerca do delito, a percepção do ofensor quanto ao dano que provocou e similarmente a propiciar a adesão dos envolvidos direta e indiretamente no conflito.

Já os tratados de paz ou grupos de sentença, serão acordados os planos de sentença que forem oportunos ao caso concreto, que gerenciem apropriadamente os transtornos e as demandas dos afetados, provocando uma responsabilidade compartilhada que consiga alcançar resultados e edificar um ambiente pacífico e comunitário.

Quanto ao último método, há um encontro, entre a vítima e ofensor em um ambiente que forneça segurança as partes, na presença de um facilitador, com o intento de propor aos envolvidos a elaboração de um plano de ação que possa promover a resolução e abordagem do conflito.

Em que pese a disparidade de manifestações e a mistura de características de cada uma das formas, três condições básicas e inerentes necessitam estar presentes e perfeitamente identificadas em toda e qualquer forma de procedimento restaurativo: o reconhecimento do mal cometido, a necessidade de promover a equidade, e a reflexão sobre as intenções futuras (Zerh, 2012, p. 56).

O que se observa é que num cenário onde o sistema penal escancara sua deficiência crônica, a Justiça Restaurativa devolve a comunidade e principalmente as partes a paz social, quando promove a busca pela resolução do conflito por meio humano e equilibrado.

Esse modelo de solução de conflitos situa a aplicação da justiça em moldes mais democráticos, colocando as partes ao centro, para que juntos possam pensar em maneiras de elucidar os danos que foram gerados aos envolvidos e também a comunidade, já que como já falado é entregue aos envolvidos a solução do conflito, ou seja, é dado a esses autonomia para que possam decidir sobre suas próprias vidas, o que conseqüentemente gera mais efetividade na reparação dos danos, haja vista que o ideal é que o agente agressor empreenda algo em favor da vítima e da sociedade, e não meramente cumpra sua pena no falho sistema carcerário.

A Justiça Restaurativa, como qualquer outro instituto traz em seu bojo um conjunto de princípios, que pretendem fazer com que a finalidade restaurativa possa se concretizar. Dentre elas, tem-se: Princípio da voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade, adaptabilidade, imparcialidade.

A voluntariedade promove no procedimento restaurativo o protagonismo das partes, há a participação ativa dos envolvidos, onde os mesmos se colocam na postura de resolverem o conflito, por meio de soluções justas, equânimes, que atendam às necessidades da vítima, do agressor e também da comunidade. Para isso, os facilitadores quando apresentam a possibilidade restaurativa, precisam

explicar todos os pontos presentes no procedimento, para que possam ter plena consciência do papel que irão desempenhar no encontro, e os efeitos que surgirão a partir do diálogo.

Quanto ao princípio da consensualidade, pode se dizer que esse é consequência do da voluntariedade, já que ele denota que as partes devem conhecer o processo restaurativo, o fato criminoso e o processo de desdobramento para a solução do mesmo, para que ambas se sintam satisfeitas. A Justiça Restaurativa busca promover um acordo com condições salutares a todos os envolvidos, para que haja a prevalência da reparação da vítima, e a reabilitação do agressor, evitando por consequência os efeitos do crime.

O processo restaurativo possui como ponto principal o seu caráter informal, desta feita o princípio da confidencialidade é basilar, e é resguardado em todo o procedimento, para que os envolvidos possam ter a segurança de que tudo o que for discutido durante os encontros possam ficar em sigilo, logo, os depoimentos que forem prestados não poderão ser reduzidos a termo, ou quaisquer outras informações não poderão ser divulgadas.

Quanto ao princípio da celeridade, é uma outra característica presente na justiça restaurativa, já que as próprias partes irão buscar formas de resolução dos conflitos, assim, o poder judiciário não participará de forma ativa, assim a consequência será a de desafogar a máquina judiciária.

O princípio da Urbanidade leva-se em conta a necessidade de as partes cumprirem determinadas regras durante o processo restaurativo, ou seja, exige-se a obediência para que haja a harmonia entre os envolvidos e facilitadores.

A Adaptabilidade, traz a ideia de que a justiça restaurativa procura adaptar cada caso concreto ao melhor procedimento, conforme suas necessidades, esse, portanto, é um dos principais diferenciais desse modelo. Busca respeitar as particularidades que cada caso apresenta, para que possa haver a efetivação da justiça e a restauração. Para Bianchini (2012, p. 132), esse princípio engloba, até mesmo, a forma de aplicação, que poderá se dar pela mediação, reunião de círculos, e a conciliação. Assevera que a “forma de aplicação não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para realizar as ações que alcancem a restauração”.

O princípio da adaptabilidade é um efeito da celeridade, já que ambas procuram trazer a informalidade como modo de direcionar o modelo restaurativo e, como resultado ressaír o protagonismo das partes envolvidas para a resolução do conflito.

Já o princípio da imparcialidade é basilar a justiça restaurativa, já que é dever do facilitador equilibrar as partes no conflito, sem demonstrar preferência. É papel dele garantir a aplicação do processo restaurativo de forma justa.

O Facilitador é o encarregado pelo gerenciamento dos trabalhos, pode ele intervir e propor ações que achar importantes durante o procedimento, contudo, não pode decidir nada, já que há a prevalência do empoderamento na prática restaurativa, de modo que as partes devem decidir pela solução mais justa.

Portanto, entende-se que a justiça restaurativa conduz as partes para que essas possam solucionar o conflito, sem a intervenção direta do Estado, há uma contribuição significativa para a chamada Cultura de Paz, já que permite solucionar os conflitos, remediando as máculas do passado, e recuperando os indivíduos para que não voltem a reincidir.

### **3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: EPIDEMIA GLOBALE E JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE EMPODERAMENTO A VÍTIMA**

A violência doméstica e familiar contra mulheres representa uma das cruciais formas de transgressão dos direitos humanos, já que gera danos físicos, psíquicos incalculáveis a vítima. É qualquer ação ou omissão fundada no gênero que lhe acarrete sofrimento físico, sexual, psicológico, morte, lesão, ou qualquer outro dano moral ou patrimonial, consoante o artigo 5º da Lei nº 11.340/2006.

Ao longo de séculos, a mulher era tida como propriedade dos homens. Isso decorria justamente do fato de nascer mulher e ser abalizada como frágil comparada ao sexo masculino. A mulher era reiteradamente discriminada e vítima das mais profanas violências, físicas, morais, psicológicas, contudo, mesmo com o passar dos tempos, a mulher ainda é subjugada, e tem seus direitos violados.

Embora a violência doméstica seja tratada como sendo de esfera pública, ao longo de muitos anos ela foi vista como sendo exclusivamente de esfera privada, já que tinham a concepção de que se tratava de um assunto de cunho doméstico, privado, assim o Estado não detinha o interesse de intervir, nascendo ainda mais impunidade aos agressores, as concepções paternalistas, e a dominação do homem em face da mulher se perpetuava.

Somente nos anos 70, que a luta feminina fora particularmente exitosa, conseguindo dar publicidade à existência do problema da violência doméstica, tal como empreender uma politização sobre o que ocorria no ambiente doméstico. A partir daí as mulheres passaram a ser mais protegidas pelo Estado, contudo, muito ainda se precisava para as mulheres serem mais resguardadas, e terem seus direitos amparados.

Em razão da extrema necessidade de uma legislação mais rígida com relação à violência doméstica, foi criada a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que foi implementada para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, além de dirimir a sensação de impunidade aos agressores.

É indiscutível que a Lei Maria da Penha detém de um papel basilar no combate à violência doméstica contra as mulheres, é valorosa dado que trouxe reverberação e visibilidade a um tema que foi negligenciado, silenciado por muito tempo, que foi visto com naturalidade por todos os setores da sociedade, inclusive pelo próprio Estado, e sem falar que foi um marco na luta de direito das mulheres, significando, inclusive, uma vitória dos movimentos feministas. No entanto, o ponto cerne da discussão é se o uso do sistema penal se manifesta como instrumento eficaz na busca por mudanças do comportamento social, bem como se esse traz o empoderamento feminino, ou se é mais um mecanismo para vitimizá-la e silenciá-la. Para muitos autores, apesar do caráter protetivo da lei em detrimento do caráter repressivista, subsiste na sociedade, um costume punitivista intrínseco, em que todas as expectativas são depositadas no direito penal.

A reclusão por si só, não se configura, necessariamente na melhor solução relativa a tal tipo de conflito, dado que, a pena não é instrumento hábil para restaurar a vítima que sofreu a agressão. É evidente que a violência doméstica precisa ser punida, até porque as agressões violam os direitos das mulheres, suprimem sua dignidade, contudo o sistema penal não corresponde às expectativas da vítima e da sociedade.

É necessário que tenha como prerrogativa desse tipo de crime a restauração do bem estar emocional das partes envolvidas, nesse âmbito a justiça restaurativa manifesta-se como um instituto habilitado a compreender os pontos que vão muito além da punição do agressor, aspirando tanto a recuperação da vítima, quanto a restauração da vida do agressor, possibilitando a esse refletir e compreender seu erro e as sequelas que decorreram deste, evitando, assim, a reincidência e reduzindo, conseqüentemente, os índices de violência doméstica.

É evidente a ineficiência do sistema penal, principalmente concernente a ressocialização dos indivíduos transgressores, ocorre que essa deficiência se estende também ao que tange aos crimes de violência doméstica, visto que, promove a duplicabilidade da violência, já que além da violência sofrida pela mulher dentro do ambiente doméstico, torna também vítima institucional do sistema.

A particularidade dos crimes de violência doméstica provém das relações interpessoais inerentes a estes. O agressor não corresponde a um agente extrínseco

e desconhecido, ao contrário, se perfaz em pessoa que frequente sua casa, é um indivíduo que tenha um convívio íntimo, que mantém vínculo afetivo, material, psicológico, ou seja, precisa estar presente a relação de afetividade entre vítima e ofensor para nascer a violência doméstica (DE JESUS, 2015, p. 10). Para Cláudia Cruz Santos (2014, p. 727) a condição da violência doméstica assenta diretamente na existência de uma relação doméstica, familiar ou afetiva entre as partes, em que haja além disso, uma relação de poder e submissão.

Por ser um problema de grande complexidade, nasce a necessidade de a justiça ter um olhar mais atento e humano a essas questões e, principalmente, à vítima, as respostas punitivas atuais, não têm se apresentado efetivas para a redução da violência ou da sensação de insegurança. Esse viés possibilita trazer a justiça restaurativa como via adequada e assertiva de tutela penal, já que o modelo propõe que o dano causado à vítima deve ser reparado, e defende assegurar os direitos e interesses da mulher vítima do delito.

É necessário ressaltar que a violência doméstica circunda pontos cuidadosos como os aspectos psicológicos, comportamentais tal como a persistência de um vínculo entre as partes envolvidas, em razão dessa complexidade há a necessidade de medidas diferenciadas que possam resolver esse conflito, dirimir os danos causados a vítima, a minimização dos traumas e a exposição dos mesmos, já que como exposto o sistema penal hodierno é incapaz de devolver a vítima sua dignidade, segurança, autoestima, tal como de dar a essa a esperança de que o agressor possa refletir e corrigir seus atos.

O grande valor da justiça restaurativa sustenta-se no fato de que essa procura trazer o protagonismo daqueles que estão envolvidos no conflito, por meio do diálogo, do respeito, e além disso, aposta na transformação positiva do autor da conduta, já que instiga a esse refletir os seus atos, e os danos que esse provocou a outrem.

Segundo Pallamolla (2009), uma das concepções que norteiam a Justiça Restaurativa é a não dominação, que compreende que o dever do procedimento restaurativo é reduzir as desigualdades sociais, e minimizar as diferenças, no momento do encontro entre as partes atingidas pelo conflito penal. Nessa perspectiva, percebe-se que o cerne das práticas restaurativas é justamente trazer a igualdades entre os sexos, o que anda em falta na atual conjuntura do sistema penal, já que a vítima acaba por perder o seu papel de destaque no conflito penal.

Ao que diz respeito ao benefício que o procedimento é capaz de proporcionar a figura da vítima, seu valor está no fato de que essa terá sua importância reconhecida, já que é sabido que na disposição do processo na



atualidade, a vítima é praticamente esquecida. A partir do momento em que a vítima sofre a violação dos seus direitos, o Estado passa a assumir e responder em seu nome, e se mostra titular da ação penal, isto posto, a vítima é inserida em papel secundário e conseqüentemente os danos que lhe foram provocados também ocuparão lugar periférico. Isso ocorre por não ser dado espaço para a atuação da vítima dentro do processo.

A vítima, portanto, assume o papel de protagonista, ganha voz, pode mostrar o seu sentimento, sua dor, ser ouvida de fato, e não ser um mero elemento de prova, como é o caso do sistema penal. A importância da participação das mulheres vítimas no método está no seu poder de fala, de expor sua dor, para que possa até mesmo perceber que não foi responsável pela agressão. A Justiça Restaurativa tem um papel basilar nesses tipos de conflitos, já que não promove e não reforça a culpabilização da mulher, também atenua a sua vitimização, já que evita que a mulher passe por mais constrangimento, medo e humilhação, uma vez que é acolhida e compreendida sua experiência de forma particular.

Essas conjunturas evidenciam que o sistema penal hodierno, ao procurar esforçar-se por defender o interesse da vítima, suprime a sua própria vontade, e silencia sua voz, não atentando quanto às suas reais necessidades e os seus sentimentos.

Devido às falhas da justiça criminal tradicional, as práticas restaurativas trabalham para trazer a vítima ao centro do processo, conferindo a essa voz ativa, participativa, com o propósito de resguardar seus direitos e atender as suas necessidades.

A justiça restaurativa, portanto, pretende amparar de forma significativa a vítima e auxiliar em sua recuperação física e psicológica. É válido acentuar que às práticas restaurativas não objetivam construir relações entre vítimas e seus algozes, mas tão somente, conceber a resolução do conflito, e a reparação do mesmo, por meio da conversação, e do encontro entre os envolvidos, uma vez que ao figurarem diante um do outro haverá maior possibilidade da vítima expressar o sofrimento que lhe foi causado e o agressor por sua vez perceber a consequência do seu ato. (ZEHR, 2012).

Facilitar o contato entre as partes que estão envolvidas no conflito se mostra vital para a restauração do delito. É imprescindível que a sociedade deixe de lado a crença de que o cerceamento da liberdade daqueles que transgrediram a lei é a única medida viável para a resolução dos conflitos.

Arredar a liberdade do ofensor por um lapso temporal, sem oportunizá-lo a viabilidade de refletir sobre o mal causado, e sem assegurar a esse um ambiente salutar, não vai contribuir para a sua reeducação, e é essa reflexão que a justiça restaurativa aspira instigar nas pessoas.

A Justiça Restaurativa incentiva a responsabilização consciente, diferente do que é encontrado no sistema penal, que utiliza a pena para repreender a conduta criminosa do agressor, sem, contudo, estimular o agressor a visualizar o impacto dos seus atos, e os danos que ele causou em sua vítima.

Tal instituto não busca apenas entregar uma resposta ao crime cometido, mas sobretudo analisar o fato, ver o lado das partes envolvidas, e o que se encontra por trás do conflito. Somente a reclusão como resposta à violência doméstica pode vir a acentuar o conflito, já que promove o sentimento de vingança, tão presente no sistema penal que é retribucionista, o que acarreta a extensão da instabilidade dentro do ambiente doméstico que já está tão cercado de conflitos.

A Justiça Restaurativa se mostra, assim, como um instituto com uma ótica diferenciada ao que concerne aos casos de violência doméstica, já que busca enxergar de forma humana, sensível as partes envolvidas, e principalmente, conceder maior assistência, amparo a mulher vítima da violência, caminha, portanto, em contramão ao indiferente sistema penal, já que o Estado, busca apenas punir o agressor, sem, contudo, promover a reflexão a esse, e sua consequente ressocialização.

Howard Zehr (2012) afirma que a legítima responsabilidade reside em nos depararmos com os atos que praticamos, figura em incitar o agressor a perceber o efeito da sua conduta criminosa, e as lesões físicas e morais que essa provocou, e instá-lo a empregar ações para reparar tudo o que for viável.

A Justiça Restaurativa se desvela como um importante e necessário método, que busca enriquecer e satisfazer as carências do agressor e principalmente da vítima, para essa mudança de paradigma é primordial que todos deixem de lado suas amarras e preconceitos sobre esse meio secundário de tratamento de conflitos.

Em sua conjuntura, há uma preocupação discrepante da atual Justiça Penal, já que, como já citado, realça a primordialidade de se centrar no reparo do dano em detrimento da simples resposta punitiva aos transgressores. Assim, proporciona as partes maior cooperação e diálogo, na busca para atender às necessidades sociais e emocionais das vítimas, assente na cooperação ativa de todos os enredados no conflito.

Evidentemente, ao que concerne ao encontro entre as partes, são realizados de modo que assista e resguarde a integridade física e moral da vítima, e principalmente, ambas as partes precisam estarem dispostas a dialogarem, já que é comum que vítimas de agressões físicas e psicológicas se sintam despreparadas para estarem diante daqueles que lhe provocaram tamanha dor, por isso, a justiça restaurativa busca resguardar à vontade dos indivíduos e principalmente da vítima que mais foi afetada, voltando a sua focalização em responder de forma salutar as necessidades dessa, que não são satisfeitas pelo sistema penal.

Dado que é essencial se ouvir e entender os sentimentos da vítima e suas necessidades, buscando sempre a eficácia e reparação dos danos através de propostas inovadoras, a justiça restaurativa transforma-se em um dos principais recursos para solucionar os conflitos que envolvam a violência doméstica, já que como falado ao longo da pesquisa, o instituto, se preocupa com as carências das partes, com a dignidade de ambas, por essa razão, se desvela como sendo a melhor resposta para os casos que envolvam a violência doméstica contra a mulher, já que por intermédio do método é possível chegar ao tratamento adequado ao conflito, principalmente porque a resposta será construída pelas partes com a ajuda de um facilitador.

Por meio de observações, análises, foi possível constatar que incorre qualquer incongruência entre a Justiça Restaurativa e a Lei Maria da Penha, já que a intenção da lei é assegurar a proteção as mulheres vítimas da violência doméstica, e a justiça restaurativa pode ser um meio excelente para atingir os objetivos da lei, visto que, tem o fito de promover a redução dos casos de violência no país, mediante a conscientização de homens agressores, o que logicamente já atenua a reincidência.

Muitos especialistas criticam o uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica, para muitos essa é inviável ao que toca a sua aplicação a esses casos, já que para muitos defensores do sistema penal, a conciliação é um modelo reprodutor da violência, e que para vencê-la é necessário que haja sanções típicas do Direito Penal. Os críticos ainda argumentam que a Justiça Restaurativa produziria risco à integridade física da mulher, tendo em conta que a mesma não consegue impedir a violência. Defendem que a técnica não é intimidatória, muito menos corretiva, o que incentiva a ocorrência de outras agressões. Ademais, mencionam ainda que o encontro entre vítima e acusado promove o constrangimento na mulher de estar em contato com aquele que lhe causou tamanhos danos e sequelas, afirmam que a mulher estaria em posição de vulnerabilidade, e que em razão disso

não pode a justiça restaurativa ser aplicada em um contexto de tamanho desequilíbrio.

O que pode ser facilmente observado é que os próprios críticos apontam a desigualdade da vítima e dos agressores, ademais, também fica claro que para muitos há o entendimento de que só com o medo, a repressão, a sanção é possível nascer a mudança de comportamento.

Contudo, já é uma decisão pacífica, inclusive do STF e do CNJ que a justiça restaurativa deva ser usada principalmente ao que concerne aos casos de violência doméstica, já que essa não tem o fito de suceder a prestação jurisdicional do sistema penal tradicional, muito menos de trazer a impunidade ao agressor, mas sim promover o diálogo, para que por meio desse possa haver o reconhecimento e a responsabilização dos atos praticados. Acerca disso, Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU dispõe que a Justiça Restaurativa tem capacidade de servir como complemento ao processo penal. Integra a isso o fato de que essa só deverá ser aplicada de modo voluntário as partes, ou seja, precisa partir da vontade, e caso haja um que não queira, não ocorrerá a sua aplicação e portanto, será dado encaminhamento ao procedimento criminal comum.

Assente no que foi exposto conclui-se que a justiça restaurativa corresponde a um tratamento eficaz de conflitos, precipuamente ao que concerne à violência doméstica. Anseia estabelecer respostas mais criativas e efetivas para questões conflituosas e violentas, e busca focar nos danos que foram causados a vítima, dando empoderamento a essa. Contudo, Zehr (2008, p. 15) afirma que “a verdadeira justiça não acontecerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo saudável de modo que a violência não seja recorrente”.

Portanto, o caráter humanitário da justiça restaurativa, promove a transformação da realidade das partes que estão inseridas no conflito, já que busca volver a focalização na vítima, dando a essa uma resposta salutar, para que assim possa haver uma minimização das sequelas que lhe foram causadas, sem contudo deixar o agressor de lado, já que a esse também é concedido um olhar atento e sensível para que a reflexão dos seus atos possam ser uma forma desse mudar sua realidade e conseqüentemente não voltar a reincidir.

## **CONCLUSÃO**

O estudo se propôs a investigar a aplicabilidade dos processos restaurativos em crimes caracterizados pela violência doméstica. Nesse sentido, foi feita uma análise acerca da justiça retributiva que se mostra pouco efetiva no seu papel de pacificação e controle social. O viés ressocializador não se vislumbra tornando

possível assistir a falha do sistema penal atual, dado que o sujeito ativo do crime, ao ser submetido a uma pena encarceradora de sua liberdade é impelido a um regime de dessocialização que o torna tendente ao cometimento de outras transgressões.

A cultura punitiva corrobora para a presença de um sistema excludente, considerando que atua encarcerando apenas determinados segmentos sociais, não conquistando seu desiderato, qual seja a redução dos delitos. Observou-se a premência de caminhos outros para solucionar conflitos sociais ante a justiça estatal. É nesse contexto que surge o modelo restaurativo, a contar da apuração da ineficiência dos ideários retributivos.

Foi feita uma descortinação acerca da Justiça Restaurativa, mostrando que essa pode ser um meio eficaz para responder de forma salutar os casos de violência doméstica, que em virtude de ser um tema de grande complexidade, merece uma atenção maior. Foi realizada uma comparação entre a justiça comum e a justiça restaurativa certificou-se que esta pode ostentar mais vantagens as vítimas pela maneira com que essa se sucede, almejando reparar todas as ofensas, lesões que foram causadas a mulher em razão da violência. E, ainda, mostrar ao agressor a lesão que seu ato causou a sociedade e principalmente a mulher, prestando a esse uma efetiva responsabilização e não uma mera punição que não vai lhe causar a reflexão e sim revolta, fomentando o seu lado desumano.

Nessa perspectiva, a pesquisa mostrou que a reclusão por si só, não se figura, necessariamente, na solução mais viável para solucionar tal tipo de crime, já que, somente a pena prisional não é consentânea a restabelecer o equilíbrio da vítima que sofreu a agressão. Nessa vertente a justiça restaurativa se apresenta como apta a compreender questões que superam a punição do agressor, pretendendo tanto a recuperação da mulher vítima e dos demais ofendidos, como a reeducação do agressor, para que essa possa refletir sobre o seu ato e a lesão que transcorreu desse, contendo assim a reincidência, por conseguinte, os índices de violência doméstica.

A Justiça Restaurativa traz, portanto, a preocupação com a dignidade de todos os enredados no conflito, e em razão disso, acredita-se que ela possa ser a resposta mais eficaz para os casos de violência doméstica contra a mulher, já que além de o procedimento permitir a resolução do conflito por meio de uma resposta construída por agressor e vítima, conjuntamente, com o auxílio dos facilitadores, ela ainda promove o empoderamento da vítima, concedendo a essa voz ativa, protagonismo, o que lhe é podado no sistema penal, em que ela serve apenas como

prova e é representada pelo Ministério Público, sem poder se manifestar, expor seus sentimentos, e suas dores.

Em vista disso, foi possível constatar que a utilização da Justiça Restaurativa é sim o melhor instrumento para enfrentar a violência doméstica, já que ela volve o olhar para a vítima, devolvendo a essa mulher a dignidade perdida quando foi lesionada pela agressão, e em contrapartida promove a educação e a conscientização de homens agressores, reduzindo a reincidência desses como autores da violência doméstica.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **A Crise do processo penal na sociedade contemporânea: uma análise a partir das novas formas de administração da Justiça Criminal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2006;

AZEVEDO, Mônica Louize de. **Penas Alternativas à Prisão: os substitutos penais no sistema penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005, 234p.

BRASIL, **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL, **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. 146p.

BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda Editora, 2012, 192p.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução: Kuhner, Maria Helena. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CARVALHO, Luiz de. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona**. 2014. Acesso em julho/2019

CASTRO, C. M. **Estrutura e apresentação de publicações científicas**. São Paulo: McGraw-Hill, 1976;

CASTRO SILVA, Gil Braga de. **A Importância das Penas Alternativas**. Disponível em: . Acesso em jun/2019

COSTA, Marli Marlene M. da; COLET, Charlise Paula. **Justiça restaurativa e experiências brasileiras**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar

(Org.). **A aplicabilidade dos mecanismos restaurativos como forma de participação popular e efetivação da cidadania: a solidificação das redes de cooperação e do capital social.** Ijuí: Editora Ijuí, 2011;

CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da; LARA, Caio Augusto Souza. **Lei Maria da Penha à luz da Justiça Restaurativa: uma alternativa que amplia o acesso à justiça às vítimas de violência doméstica.** In: Anais do III Congresso Nacional da FEPODI. 1. ed. São Paulo: Clássica Editora, 2015;

DE JESUS, Damásio. **Violência contra a mulher; aspectos criminais da lei n. 11.340/2006.** 2ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

DEMO, Pedro. **Educar pela pesquisa.** 6. ed. Campinas: Autores Associados, 2003. \_\_\_\_\_. **Pesquisa: princípio científico e educativo.** 8. ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIEGO, Fernando et. al. **Sistema prisional: as divergências sobre sua verdadeira função.** Revista da Católica, Uberlândia, v. 1, n. 2, p. 44-55, 2;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008;

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa.** Porto Alegre; Editora de UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>, acesso: 01 set. 2019;

GOMES, Luiz Flávio. In: BLAZEK, Luiz Maurício Souza & MARZAGÃO JR, Laerte I. (org). **Mediação – Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos Criminais.** São Paulo: Quartier Latin, 2013;

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 2. ed. São Paulo: Impetus, 2015;

**Justiça Restaurativa horizontes a partir da resolução CNJ 225.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: .Acesso em: 20 set. 2019.

**Justiça Restaurativa: o que é e como funciona.** Disponível em: .Acesso em: 29 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa**; tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012;

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria a prática**. 1 ed. São Paulo: IBCCrim, 2009;

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça restaurativa e experiências brasileiras**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Ijuí, 2011;

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

WERMINGHOFF, Thiago Rigo. et. al. **A realidade penitenciária brasileira e uma breve evolução histórica de privatizações de presídios**. IX Coimbra Administração – Congresso Virtual Brasileiro de Administração. adm.convibra.com.br. 2012;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001; \_\_\_\_\_. Eugenio Raul;

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008;

NOTAS:

---

<sup>[1]</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: guilherme@catolica-to.edu.br



## **DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO**

### **RAISSA DA SILVA SANTOS AMARAL:**

Advogada e Técnica de Controle Externo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2010-2014), Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2016-2017), Especializanda em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Sul-Americana (2018-atualmente).

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 inaugura um vasto rol de direitos fundamentais cuja finalidade precípua é erigir a dignidade da pessoa humana, entre eles se encontra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, insculpido em seu artigo 225. Como diversas outras normas constitucionais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depende da atuação do legislador no plano infraconstitucional, a fim de dar concretude a seus preceitos. Sob o ponto de vista do incipiente princípio da proibição do retrocesso, segundo o qual é defeso ao legislador infraconstitucional suprimir ou minimizar o patamar de defesa alçado por determinado direito fundamental, portanto, normas ambientais que incorrerem em tal, padecem de patente inconstitucionalidade por arriscar a manutenção de um meio ambiente equilibrado ecologicamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Direito Ambiental. Princípio da Vedação ao Retrocesso.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1.1.1 Conceito. 1.1.2 Histórico e Gerações dos Direitos Fundamentais. 1.1.3 Dever de observância dos Direitos Fundamentais no processo legislativo. 1.2 CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL. 1.3 O DIREITO AMBIENTAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 1.3.1 Histórico. 1.3.2 O Direito Ambiental Constitucional. 1.3.3 O meio ambiente ecologicamente equilibrado. 1.3.4 Status Fundamental do Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 2. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. 2.1 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS CONSTITUCIONAIS. 2.2 VEDAÇÃO AO RETROCESSO. 2.2.1 Conceito. 2.2.2 Fundamentação. 2.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO DIREITO AMBIENTAL. 2.3.1 Doutrina e Jurisprudência. 2.3.2 Fundamento Constitucional. 2.3.3 Vinculação do Poder Legislativo. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Com a elevação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de direito fundamental pela Constituição de 1988, a disciplina ambiental no Brasil alçou à valorização que já lhe devia ser própria, uma vez que cuida de bem essencial à vida de todos, qual seja, o meio ambiente.

Embora não fosse um direito constitucionalizado, o direito ambiental já contava com legislação própria antes de 1988. O Código Florestal, por exemplo, foi editado pela primeira vez em nosso país no ano de 1934, e ganhou novas edições nos anos de 1965 e, recentemente, em 2012.

A Lei nº 12.651, de 25 de maio 2012, o mais novo Código Florestal, foi alvo de diversos debates durante sua elaboração, objeto de abaixo-assinados contra seu texto, apelidado de “código ruralista” e acumulou doze vetos presidenciais e trinta e duas modificações antes de sua versão definitiva.

Essas são as razões que me impeliram a pesquisar a fundamentação da inconstitucionalidade em decorrência do princípio da vedação ao retrocesso e confeccionar esta monografia.

O método científico predominantemente utilizado na elaboração deste trabalho foi o dedutivo. A partir da análise genérica de determinados preceitos jurídicos (direito fundamental, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípios, constitucionalidade das normas), realizada com suporte de vasta bibliografia, e de raciocínio lógico.

O presente trabalho é constituído por dois capítulos. O primeiro cuida da contextualização histórica dos direitos fundamentais de modo a justificar a inserção do direito ambiental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu rol. Trata também da evolução do Direito Ambiental constitucional no Brasil.

O segundo capítulo discorre acerca do princípio da vedação ao retrocesso, sua origem e fundamentação teórica, bem como sua atual aplicação no âmbito do direito ambiental.

Embora tenham sido utilizados diversos autores como referencial teórico, destacam-se no presente trabalho os seguintes: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, de José Joaquim Gomes Canotilho; *Direito Ambiental*, de Paulo de Bessa Antunes; *Direito Ambiental Esquemático*, de Frederico Augusto Di Trindade Amado; e *Manual de Direito Ambiental*, de Luís Paulo Sirvinskas. Foram igualmente relevantes os seguintes artigos: *Proibição do Retrocesso*, *Dignidade da Pessoa*

*Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível*, de Ingo Sarlet; e *Colóquio Internacional Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental*, de Antônio Herman Benjamin, Michel Prieur e outros.

## 1. O DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

### 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 1.1.1 Conceito

Do ponto de vista terminológico, calha inicialmente informar que a doutrina constitucional tem empregado inúmeras expressões para identificar e denominar os direitos essenciais à pessoa humana, tais como[1]: direitos humanos, direitos naturais, direitos morais, direitos dos povos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas e direitos fundamentais.

A nomenclatura mais adequada para tratar o conjunto de direitos que compõem o núcleo valores de essenciais no ordenamento brasileiro é "direitos fundamentais". Além de ser essa a posição da maioria dos mais expressivos doutrinadores pátrios (Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Gilmar Mendes, entre outros), é também o termo utilizado pela Constituição Federal de 1988 para tratar dos direitos naturais ao homem.

Acerca do embate entre a nomenclatura de direitos humanos e direitos fundamentais, leciona José Joaquim Gomes Canotilho:

"As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"[2].

Assim, a identificação de direitos como fundamentais abrange a concepção de que estes encontram-se dispostos no ordenamento jurídico como direitos formalmente instituídos pelo poder constituinte de um determinado Estado, ou seja, seriam direitos naturais e humanos devidamente positivados.

Definindo liberdades fundamentais, Norberto Bobbio[3] esclarece: “fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano”. Tal definição apresenta cintilante caráter jusnaturalista, que compreende os direitos fundamentais como decorrentes da natureza humana, como prerrogativa da espécie.

Não obstante a inevitável relação existente entre os direitos fundamentais e a promoção da dignidade humana, autores há, como Canotilho[4], que criticam a potencial limitação imposta por essa caracterização.

Para tal autor, a conceituação de direitos fundamentais não poderia restringir-se a direitos subjetivos e adstritos ao estímulo à dignidade humana, pois outros haveriam mercedores deste *status* fundamental.

Lucidamente, José Afonso da Silva concatenou a ideia-princípio de dignidade humana aos demais direitos fundamentais ao afirmar que “no qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”[5], estendendo o patamar fundamental a direitos que indiretamente influam na edificação de uma dignidade humana.

A amplificação do rol de direitos classificados como fundamentais mostra-se relevante diante do surgimento de necessidades também fundamentais ao longo da história da humanidade. A contextualização histórica é uma das grandes características desses direitos.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal deixa entrever em seus julgados manifesta sensibilidade na identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo específico. Por meio de uma análise histórica e tautológica, esses julgados permitem considerar fundamentais direitos que apresentem especial vínculo com os bens jurídicos elencados no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, conservadores da dignidade humana[6].

Assim sendo, pode-se definir os direitos fundamentais como os direitos considerados elementares para a manutenção da dignidade do ser humano, neles incluídos os direitos capazes de subsidiar e fomentar essa dignidade, como os direitos sociais. São, portanto, direitos que compõem um núcleo intangível de valores e direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica[7].

### 1.1.2 Histórico e Gerações dos Direitos Fundamentais

Sem olvidar-se da influência do cristianismo na construção da consciência da igualdade e dignidade humana, elucida Gilmar Mendes que o surgimento dos direitos fundamentais deu-se a partir de uma inversão da tradicional relação entre Estado/cidadão e entre soberano/súdito, com o avanço das teorias contratualistas nos séculos XVII e XVIII. As quais pregaram a preexistência de direitos inerentes à natureza humana, de modo que, ao Estado caberia tão somente garanti-los[8].

Acerca dos direitos fundamentais, preleciona Norberto Bobbio:

“Os direitos (fundamentais) não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder, remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”[9]

Num primeiro momento, em razão do contexto de reafirmação da autonomia pessoal e individual face ao Estado absoluto, surgiram direitos atinentes à abstenção do Estado e à liberdade dos cidadãos, nas palavras de Bobbio[10]: o direito do indivíduo a não ser oprimido.

Assim, integram a esfera de liberdades individuais fundamentais: a liberdade de locomoção, de consciência, de credo, bem como o direito a não ter o domicílio violado. Essa etapa da evolução é denominada primeira geração dos direitos fundamentais.

Posteriormente, as carências sociais, originadas das pressões decorrentes da industrialização e do crescimento demográfico, impuseram ao Estado um papel atuante na concretização da justiça social[11]. A segunda geração de direitos fundamentais caracterizou-se pela prestação positiva do Estado, que interveio na economia, a fim de assegurar o direito à saúde, à alimentação, à educação, à previdência, ao trabalho de seus cidadãos, de modo a assegurar a liberdade material entre os seres humanos, a despeito da liberdade formal já formulada pela primeira geração[12].

Por seu turno, os direitos de terceira geração particularizam-se pela titularidade difusa ou coletiva dos direitos que avença[13]. Essa categoria, conforme Paulo Bonavides, tem por primeiro destinatário o gênero humano[14]. São exemplos: o

direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Há doutrinadores, como Norberto Bobbio[15] e Paulo Bonavides[16], que defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, relacionada aos efeitos da globalização: manipulação do patrimônio genético, democracia, informação e pluralismo.

Argumenta Gilmar Mendes[17] que a propositura de diversas gerações (ou dimensões) para os direitos fundamentais evidencia o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo, ponto que justifica a historicidade como característica de todos os direitos fundamentais.

De outro modo, por uma ótica meramente cronológica, tem-se que os direitos fundamentais estrearam formalmente na segunda metade do século XVIII, com a edição do *Bill of Rights* de Virgínia, em 1776, com direitos relativos a reivindicações políticas e filosóficas, estabelecendo, pela primeira vez, limites ao Poder Soberano[18].

### 1.1.3 Dever de observância dos Direitos Fundamentais no processo legislativo

Em razão da essencialidade decorrente dos valores propostos pelos direitos fundamentais, a atividade legiferante exercida pelo Poder Legislativo deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal.

O dever de observância dos direitos fundamentais quando da elaboração legislativa implica em deveres negativo e positivo para o Poder Legislativo, ou seja, em um fazer e em um não-fazer[19].

No primeiro caso, ao Legislador caberia respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, não podendo legislar de modo a lesar tais direitos ou diminuir sua incidência, criando situações em que o direito torna-se impraticável[20].

Por outro lado, o dever positivo imposto ao legislador faz imperiosa a edição de normas que regulamentem e permitam a efetivação dos direitos fundamentais previstos de forma vaga e dependentes de normas concretizadoras.

É notória a necessidade de vinculação do processo legislativo aos valores preconizados pelos direitos fundamentais, uma vez que a conservação destes depende, precipuamente, da forma como se concretizam nas normas editadas pelo Poder Legislativo.

## 1.2 CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é disciplina relativamente recente no direito brasileiro, sua autonomia em relação ao Direito Administrativo e ao Direito Urbanístico deu-se com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Caracteriza-se por tratar de interesse transindividual e metaindividual, situando-se, pois, numa zona intermediária, não podendo ser alocado na clássica separação entre direito público e direito privado[21].

Como Direito autônomo, caracteriza-se por apresentar regime jurídico próprio, objetivos, princípios, sistema nacional do meio ambiente, etc., embora apresente forte relação com os demais ramos do direito, dos quais extrai conceitos relevantes para sua atuação.

Acerca da sua definição, oportunamente instrui Frederico Amado[22]:

É possível defini-lo como ramo do direito público composto por princípios e regras que regulam as condutas humanas que afetem, potencial ou efetivamente, direta ou indiretamente, o meio ambiente, quer o natural, o cultural ou o artificial.

Para Luís Paulo Sirvinskas[23]:

Direito ambiental é a ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e a melhoria das condições de vida no planeta.

A acepção legal do meio ambiente, objeto primário do Direito Ambiental, por seu turno, encontra-se insculpida no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981, segundo a qual o meio ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", conceito recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que buscou tutelar não só o ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o meio ambiente do trabalho.

O Direito Ambiental caracteriza-se, pois, proeminentemente por seu caráter finalista, facilmente verificável a partir da leitura de qualquer convenção internacional sobre meio ambiente, as quais visam, todas, à "melhoria do meio ambiente".

Trata-se, segundo aduz o princípio 7º da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de "conservar, proteger e reestabelecer a saúde e a integridade do ecossistema terrestre".

## 1.3 O DIREITO AMBIENTAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

### 1.3.1 Histórico

Conquanto sejam as normas ambientais de relevância inquestionável, sua previsão constitucional no ordenamento brasileiro é relativamente recente. Como sublinha Paulo de Bessa Antunes[24], as normas fundamentais posteriores não discorreram acerca do tema de forma abrangente e completa, restringindo-se a esparsas referências a “recursos naturais”, impossibilitando a coordenação de um contexto constitucional de proteção ao meio ambiente.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, pautou-se no liberalismo econômico, razão pela qual se absteve de imiscuir-se nas atividades e relações econômicas, essencialmente exportadoras de produtos primários não faturados, fazendo qualquer menção aos recursos naturais em seu texto[25].

A Constituição de 1891, cuja característica essencial foi ter estabelecido o Republicanismo e a forma federativa de Estado, em seu artigo 34, conferiu à União competência para legislar a respeito de minas e terras; do que se infere que questões relativas aos recursos naturais não abrangidas por essas duas expressões eram de competência legislativa de seus Estados-membros[26].

Em seguida, a Constituição de 1934 trouxe atributos intervencionistas na ordem econômica e social. Assim, seu artigo 5º, inciso XIX, conferiu à União competência para legislar acerca de “bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia elétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração[27]”.

Ainda no ano de 1934, foi editado o Código de Caça e Pesca (Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934), o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), o Decreto de Proteção aos animais (Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934), bem como o primeiro Código Florestal brasileiro (Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934), documentos relevantes para a instituição de uma sólida legislação ambiental, mas não suficientemente satisfatórios como a constitucionalização da proteção do meio ambiente.

As Constituições que se seguiram – a de 1937, a de 1946 e a de 1967, basicamente replicaram o texto promulgado pela Lei Fundamental de 1934 no que tange ao meio ambiente e aos recursos naturais.

Nos dizeres de Paulo de Bessa Antunes, até a edição da Constituição Federal de 1988, a matéria ambiental mereceu tratamento meramente vicinal, considerando apenas seu aspecto de meio de produção, uma vez que ao constituinte importava somente a infraestrutura e o desenvolvimento econômico relacionados a ela[28].



A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de implementar o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193), abandonou o antigo enfoque liberal, que insistia em ver o Direito como um mero regulamento econômico-administrativo[29]. Assim, o constituinte originário confeccionou uma tutela ambiental que, a um só tempo, garantiu a adequada fruição de recursos naturais e um elevado nível de qualidade de vida às populações atuais e vindouras[30].

Diante de tal inovação, José Afonso da Silva[31] chega a afirmar que todo o “capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes avanços da Constituição de 1988”. Para Canotilho[32] o inédito tratamento dispensado ao meio ambiente ostenta o que apelidou de “opulência ecológico-constitucional”, instituído em contraposição à anterior “miserabilidade ecológico-constitucional”, característica das Constituições liberais de outrora.

### 1.3.2 O Direito Ambiental Constitucional

Uma crescente tendência à constitucionalização da matéria ambiental em todo o mundo ganhou corpo após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972), pela Organização das Nações Unidas (ONU)[33].

Motivada pela conscientização da humanidade, a revisão conceitual dos institutos jurídico-ambientais demonstrou a necessidade de proteger os recursos ambientais, especialmente os não renováveis, bem como de preservar o equilíbrio do ecossistema, centrada nas gerações do presente e do futuro, estabelecendo um pacto do homem com a natureza, conforme informam essas novas Constituições[34].

Desse modo, começaram a surgir as chamadas constituições “verdes”, a exemplo da portuguesa (1976) e da espanhola (1978), que influenciaram diretamente na elaboração da Constituição Federal de 1988, especificamente no texto do artigo 225, principal fonte legal do direito constitucional ambiental no Brasil[35].

Essa nova concepção protecionista assim orienta:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são

patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas[36].

Do exposto, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 traz diversos padrões normativos para proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado: ora o legislador faz uso do estabelecimento de direitos e deveres genéricos (p. ex. primeira parte do *caput* do artigo 225, §1º), ora utiliza a instituição de direitos especiais (p. ex. todo o art. 225).

A Carta Magna traz em seu bojo, outrossim, princípios explícitos e implícitos de proteção (p. ex. princípio do poluidor pagador e da função ecológica da propriedade rural), bem como instrumentos para sua efetivação (p. ex. previsão de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e ação civil pública[37]).

Conforme Canotilho, a norma constitucional divulga direitos, obrigações, objetivos, princípios, programas públicos e instrumentos, tendo por finalidade a regulação dos “macrobens” e “microbens” ambientais (água, solo, flora, ar), bem como as atividades humanas potencialmente degradadoras do meio ambiente[38].

Acerca dos benefícios da constitucionalização do Direito Ambiental, Joaquim José Gomes Canotilho[39] aponta, sob as vertentes substanciais e formais:

Substancialmente, seis proveitos: (i) estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada; (ii) a ecologização da propriedade e da sua função social; (iii) a proteção ambiental como direito fundamental; (iv) a legitimação constitucional da função estatal reguladora; (v) a redução da discricionariedade administrativa e (vi) a ampliação da participação pública.

Sob o prisma formal, foram enunciados pelo aludido doutrinador cinco benefícios: (i) a máxima preeminência (superioridade) e proeminência (perceptibilidade) dos direitos, deveres e princípios ambientais; (ii) a segurança normativa; (iii) a substituição do paradigma da legalidade ambiental para a constitucionalidade

ambiental; (iv) o controle de constitucionalidade da lei e (vi) o reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais.

Diante dos ganhos advindos da constitucionalização da proteção ao meio ambiente e da ênfase na implementação de sua tutela pelo texto fundamental, fica nítido o empenho da norma constitucional de evitar ser refém do discurso retórico, buscando a efetividade de seus preceitos protetivos[40].

### 1.3.3 O Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Ressalta-se que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a base para o estabelecimento das condições aptas a propiciar ao homem uma vida saudável e digna.

A partir dessa definição, o conceito constitucional de meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser assegurado em conjugação com sua condição de bem essencial à sadia qualidade de vida[41].

O atendimento ao disposto na legislação constitucional ambiental evolui na proporção em que é institucionalizado o Estado Democrático de Direito. José Luís Bolzan de Moraes[42] inclui na definição de Estado de Direito a necessidade da observância não só da hierarquia do sistema normativo, com a supremacia da Constituição Federal, mas também dos limites impostos pelos direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado.

O equilíbrio ecológico apresenta-se no ordenamento jurídico pátrio em duas dimensões: objetiva e subjetiva[43]. A objetiva institui diretrizes ambientais aos poderes constituídos e à toda a coletividade, direcionando o respeito à normatização para a o desenvolvimento sustentável e a preservação ambiental[44].

Em decorrência disso, houve a irradiação desse direito fundamental nas relações privadas, assim como a sua ascensão ao nível de princípio constitucional. A eficácia vinculante do direito ao equilíbrio ecológico[45], estendeu-se para além dos Três Poderes, alcançando terceiros em suas relações particulares, caracterizando a eficácia horizontal de tal direito.

A dimensão subjetiva, por seu turno, apregoa um direito prestacional positivo e negativo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no qual todos os componentes da sociedade são concomitantemente credores e devedores, obrigando-se a prestações de fazer ou não fazer, de acordo com o definido pelas leis ambientais[46].

Inicialmente, conforme dito, a cabeça do artigo 225[47], instituiu o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, criando um dever genérico para o

Poder Público e para a coletividade em defendê-los e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, por meio de ações comissivas (a exemplo da recuperação de áreas degradadas) e omissivas (como a obrigação de não degradar fora dos permissivos legais, ou seja, dentro dos padrões de poluição, após regular licenciamento ambiental)[48].

Por fim, impende dizer que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é mais que um direito, é uma política de valor, atribuída a um sujeito plural (toda a coletividade), sobre um bem de uso comum (de todos os seres vivos).

#### 1.3.4 *Status* Fundamental do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Hodiernamente, a doutrina, de modo geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não só no Brasil, mas na maioria dos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo em 1972 (como Portugal e Espanha)[49].

Nesse sentido, a percepção do novo *status* do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro permitiu que Edis Milaré afirmasse que o direito ao meio ambiente sadio constitui “direito fundamental do indivíduo”, isto é, “direito público subjetivo, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo”[50].

Assevera Norberto Bobbio acerca dos direitos fundamentais de terceira geração que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”[51]. O Supremo Tribunal Federal, na mesma senda, classificou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração:

“[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de típico direito de terceira geração, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todos os que compõem o grupo social (CELSO LAFER, “A reconstrução dos Direitos Humanos, p. 131/132, 1988, Compainha das Letras)” [52].

As consequências da concessão de *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são diversas e relevantes. Inicialmente, vale dizer, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §1º, informa que as “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”,

independem de regulamentação pelo legislador ordinário, que apenas densificará sua exequibilidade.

Como direito fundamental, ao equilíbrio ecológico atribui-se as características de irrenunciabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Assim, sua aplicabilidade independe da permanente e imediata reação das eventuais vítimas, mantendo-se o direito ao meio ambiente equilibrado não obstante o comportamento omissivo de seus titulares (a maioria biologicamente inviabilizada de requerer por si tal direito)[53].

Três são as consequências da irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito, conforme leciona Robert Alexy[54]. O primeiro efeito é a limitação do potencial conteúdo do direito ordinário. Relativamente ao direito fundamental ecológico, essa consequência impede que norma infraconstitucional inviabilize a fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A segunda consequência, segundo Alexy, decorre de determinação substancial, sobretudo da natureza principiológica de um direito fundamental, que implica em necessidade de sopesamento quando do embate com outro direito de igual envergadura, não podendo ser desconsiderados qualquer deles – efeito de extrema relevância para a efetividade de um meio ambiente equilibrado frente às necessidades econômicas do país.

A terceira consequência, por sua vez, diz respeito ao tipo de abertura. De acordo com o raciocínio do jusfilósofo alemão, a irradiação dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do sistema normativo, com o devido sopesamento entre eles, acarreta numa propalação da ideia de justiça a todos os ramos do Direito, ou seja, a hígida aplicação dos direitos fundamentais resulta em justiça, o fim último do Direito.

## **2. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO**

### **2.1 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS CONSTITUCIONAIS**

O denominado “neoconstitucionalismo”, implementado após a Segunda Guerra Mundial, superou a visão legalista típica do positivismo jurídico, pautado precipuamente na letra legal e dominante até então, tonificando a normatividade dos princípios jurídicos, munindo-os de maior capacidade de serem invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado[55].

Com o fortalecimento da normatividade primária dos princípios pelo pós-positivismo, estes passaram a ser observados mesmo quando da existência de

regras jurídicas acerca de determinado tema, balizando o procedimento legislativo e a aplicação do direito por magistrados e operadores legais[56].

Acerca dos princípios jurídicos, pontua Luís Paulo Sirvinsky[57]: “princípio é o valor fundamental de uma questão jurídica” e os “princípios de direito ambiental têm por escopo proteger toda espécie de vida no planeta, propiciando uma qualidade de vida ao ser humano das presentes e futuras gerações”, razão pela qual apresentam alta densidade valorativa.

## 2.1 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

### 2.1.1. Conceito

Tendo-se em mente que a construção da constelação de direitos ambientais disponíveis hoje é resultado de árdua conquista histórica, levada a efeito de pouco em pouco ao longo dos séculos, é forçoso concordar com a lição de Canotilho e Vital Moreira[58] de que, uma vez conquistados, estes direitos tornam-se direito negativo, direito a uma abstenção do Estado, um direito de defesa, pois.

Assim, o princípio da vedação ao retrocesso atua como limitador à reforma de legislar, visando proteger a sociedade contra a superveniência de lei que pretenda atingir, negativamente, o direito fundamental já obtido em sede material legislativa, de modo a vedar a propositura de normas tendentes a reduzir ou suprimir tal direito.

A respeito do princípio em análise, Luís Roberto Barroso enuncia:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido[59].

Na doutrina francesa, utiliza-se o conceito de efeito *cliquet* (trava), que designaria uma espécie de trava de “antirretorno”[60], compreendido por José Adércio Leite Sampaio como uma das características funcionais dos direitos fundamentais[61].

De modo geral, a concepção de proibição de retrocesso aproxima-se da noção de José Afonso da Silva, para o qual é um direito subjetivo negativo, que possibilita impugnar judicialmente qualquer medida que conflite com o teor constitucional (inclusive objetivos e normas programáticas), bem como permite repelir medidas legislativas que venham, supervenientemente, subtrair de uma norma

constitucional o grau de concretização conferido anteriormente pelo legislador ordinário[62].

### 2.1.2 Fundamentação

Conforme destacado por Luís Roberto Barroso[63], o princípio da vedação do retrocesso não se encontra expresso na Carta Magna brasileira. Antes, decorre implicitamente do sistema constitucional, mais especificamente de alguns princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucionais, de acordo com notável lição de Ingo Wolfgang Sarlet[64].

Consoante Sarlet[65], o princípio do Estado democrático e social de Direito impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, que, obrigatoriamente, abarca a proteção da confiança e a manutenção de, pelo menos, uma continuidade da ordem jurídica vigente. Afirma o jurista, que decorre do Estado de Direito assegurar contra medidas retroativas e, ao menos minimamente, contra atos de caráter retrocessivo de modo geral.

Aduz o jurista que o princípio do não retrocesso deriva, outrossim, do princípio da dignidade humana, corolário dos direitos fundamentais. Exige, assim, a satisfação, por meio de prestações, de uma existência digna para todos os seres (em nosso estudo, humanos ou não). Relativamente à prestação negativa, este princípio reclama que não sejam adotadas medidas que minimizem o patamar de dignidade.

Sarlet[66] anota ainda que o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas demarcadoras dos direitos fundamentais (artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988), que alberga também a maximização da tutela dos direitos fundamentais, demanda uma proteção isenta de lacunas.

Por vezes, como modo de otimizar esses direitos essenciais, faz-se necessária a previsão de disposições não antevistas pelo constituinte originário, bem como necessária à proibição de medidas de caráter retrocessivo a esses direitos.

O princípio da proteção da confiança, que, conforme Sarlet[67], é consectária ao Estado Democrático de Direito, impõe ao Poder Público a exigência de respeito e boa-fé nas relações estabelecidas entre particulares e com ele próprio; exige, assim, estabilidade e continuidade da ordem jurídica, que, portanto, não pode ser alterada ao bel prazer legislativo.

A acepção de segurança jurídica, por seu turno, não encontra respaldo suficiente nos instrumentos de proteção contra retroatividade previstos na Constituição (como a tutela do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito). Assim, o princípio de vedação ao retrocesso integraria uma noção mais ampla de



segurança jurídica, com fundamento direto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e no princípio do Estado Democrático de Direito.

Embora careça de maiores análises, Sarlet anota, ainda, que a auto-vinculação do legislador e da administração pública a seus atos anteriores também estrutura a concepção de confiança e segurança jurídica, conseqüências do não retrocesso.

Importa dizer que o princípio em comento, em suma, tutela os direitos fundamentais em face da arbitrariedade do legislador. Nas palavras do homenageado jurista:

Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, disponham do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte[68].

Enfim, conforme assinala Luís Roberto Barroso[69], por meio do reconhecimento de uma proibição de retrocesso impede-se a frustração da efetividade da norma constitucional. Desse modo, se o legislador revoga ou torna inviável o exercício de um direito ou ato concretizador de uma norma programática, incorre em inconstitucionalidade, acarretando retorno à situação anterior de, no mínimo, omissão.

## 2.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO DIREITO AMBIENTAL

Afamado no âmbito dos direitos sociais, o princípio da vedação ao retrocesso encontra cada vez mais notoriedade em outros ramos jurídicos. O presente tópico cuidará de evidenciar sua atual aplicação no Direito Ambiental.

### 2.2.1 Doutrina e Jurisprudência

Na doutrina e jurisprudência pátria e estrangeira, verifica-se, de modo geral, uma perspectiva amistosa relativamente ao princípio da proibição do retrocesso dos direitos fundamentais, muito embora não se possa afirmar a existência de unanimidade e consenso nesse sentido.

O Princípio da Vedação ao Retrocesso na esfera do Direito Ambiental decorre do *status* fundamental atribuído ao direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado pela Carta Magna brasileira e é reconhecido por insignes autores, como Joaquim José Gomes Canotilho[70], Frederico Amado[71], Celso Antônio Pacheco Fiorillo[72], Luís Roberto Barroso[73], entre outros.

Nessa toada, assevera Antônio Herman Benjamin, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que o princípio da proibição do retrocesso constitui-se atualmente em princípio geral do Direito Ambiental, capaz de alinhar todo o sistema jurídico ambiental em prol de um “progresso ecológico”[74]:

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou a beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

Acerca do princípio em questão, critica uma minoria, cada vez mais solitária, seu eventual caráter antirrepublicano e reacionário[75], porquanto acredita que as leis devem adaptar-se ao contexto histórico em que se inserem e que, portanto, seria moralmente inaceitável que uma geração engessasse as regras jurídicas e embaraçasse a evolução legislativa das vindouras. Nesse sentido, aduz o artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1792: “uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis” – vale dizer, artigo que nunca entrou em vigor[76].

Contudo, relativamente aos direitos fundamentais o raciocínio não se processa desse modo, haja vista serem direitos historicamente edificados para serem somados em prol da dignidade humana.

Especialmente quanto ao direito ambiental, reduzir ou revogar suas normas protetivas é impor às futuras gerações um meio ambiente mais degradado. Dessa forma, interpretando literalmente o aludido artigo 28 e o somando ao princípio do desenvolvimento sustentável, depreende-se que, no contexto atual, ele advoga em favor do princípio de não regressão, pois impede a submissão das ulteriores gerações a normas de outrora, responsáveis pelo recuo e/ou negligência na proteção jurídica do meio ambiente[77].

A jurisprudência brasileira vem coligando-se com a doutrina na admissão do princípio da proibição ao retrocesso ecológico. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial 302.906, em 26.08.2010, reconheceu a existência desse princípio:

O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

Na seara internacional, conforme destaca Michel Prieur[78], desde 2011, a não regressão entrou, no debate político, o que conduz, pouco a pouco, à sua consagração jurídica.

Por certo, diz ele, vários indícios atestam a emergência da não regressão na agenda internacional: o relatório brasileiro, apresentado ao Secretário da conferência Rio+20; a Chamada de Lyon, da Organização Internacional da Francofonia (OIF), em vista da Rio+20; a resolução do Parlamento Europeu, de 29 de setembro de 2011, relativa à Rio+20 (§ 93); a Recomendação n. 1 dos juristas do meio ambiente, reunidos em Limoges (França), em 1º de outubro de 2011 (vide [www.cidce.org](http://www.cidce.org)); o acordo dos *majour groups* durante as negociações da Rio+20, em Nova York, em dezembro de 2011 e em janeiro de 2012; assim como a resolução apresentada no Congresso Mundial da UICN em Jeju, em setembro de 2012[79].

A vedação ao retrocesso já é reconhecida como indispensável ao desenvolvimento sustentável, como garantia dos direitos das futuras gerações. Ela tonifica a efetividade dos princípios gerais do Direito Ambiental, enunciados no Rio de Janeiro, em 1992. É, com efeito, um verdadeiro seguro para a sobrevivência da Humanidade, devendo ser reivindicada pelos cidadãos do mundo e imposta a todos os Estados[80].

### 2.2.2 Fundamento Constitucional

A Constituição Federal de 1988 é enfática e não permite dúvidas quanto ao seu caráter progressista, conforme vaticina o Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Herman Benjamin[81], para o qual o artigo 3º, incisos II e III, do texto constitucional enuncia que o modelo político instituído no Brasil define como “objetivos fundamentais” o “desenvolvimento nacional”, a “erradicação da pobreza”, bem como, em seu artigo 4º, inciso IX, a observância do “progresso da humanidade”, por meio da cooperação com outras nações.

Ao tomar o “progresso da humanidade” como conceito informador do seu sistema jurídico e constitucional, segundo o eminente Ministro Benjamin[82], o País comprometeu-se a mirar suas ações em prol de uma melhoria universal, da e para a humanidade, um “progresso planetário” que abarcaria não só os seres humanos, mas todas as formas de vida na terra, das quais dependeriam nosso bem-estar e, em última instância, nossa sobrevivência.

Sendo o progresso palavra-chave do processo civilizatório, aduz Herman Benjamin[83], a mera hipótese de recuo ou estagnação dos patamares jurídicos já alcançados, com minimização do padrão atingido, seria “o pecado mortal do declínio”. Desse modo, nada mais justo que os controles legislativos e mecanismos de tutela dos direitos humanos e do patrimônio natural e ecológico das futuras gerações observem tal caráter progressista.

Assim, sob o manto jurídico e político dessa ideia-chave, emerge o princípio da proibição do retrocesso, que anuncia uma “vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma”, constitucional ou não, “que trate do núcleo essencial de um direito fundamental”[84].

### 2.2.3 Vinculação do Poder Legislativo

É imperioso reconhecer que a constitucionalização do Direito Ambiental, com a elevação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de direito fundamental, trouxe consequências vinculantes a todo o sistema jurídico, inclusive, e especialmente, com restrições dirigidas ao legislador.

O princípio da vedação ao retrocesso é especialmente voltado ao Poder Legislativo e a sua essencial atividade legiferante.

A partir de acurado estudo da doutrina constitucional portuguesa, grande influente do pensamento jurídico brasileiro, Ingo Sarlet conclui que os defensores de uma proibição de retrocesso[85]:

sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia

institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança, que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.

É cediço que o legislador não pode atentar contra os direitos fundamentais, sendo, portanto, mister que mantenha um regime ao menos tão protetor quanto o que vigora. Trata-se de aperfeiçoar o real exercício de um direito, tornando-o mais efetivo, fato que obriga o Poder Legislativo a sempre atribuir à legislação um “efeito ascendente”, segundo a expressão de Dominique Rousseau[86].

Desse modo, em matéria ambiental, como no que diz respeito aos direitos humanos de modo geral, o legislador tem sua competência vinculada: apenas podendo tornar mais efetivos os direitos enunciados pela Carta Magna, com vistas a respeitar a finalidade e os objetivos do Direito Ambiental, tais quais nela expressos, sob pena de incorrer em patente inconstitucionalidade[87].

## CONCLUSÃO

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 não titubeia quanto à natureza fundamental do direito que a sociedade brasileira (bem como qualquer ser vivo que aqui habite) tem a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito elementar à manutenção da saúde, da vida, da dignidade humana, enfim.

Em decorrência da relevância da disciplina ambiental na atualidade, é possível vislumbrar hoje sólidos fundamentos éticos, legais, políticos e constitucionais não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, que garantem o não retrocesso das conquistas jurídico-ambientais já conquistadas.

Como direito fundamental e difuso, o direito ambiental necessita reafirmar sua não regressão, impedindo recuos no nível alçado de proteção

Por todo o exposto, verifica-se que eventuais normas infraconstitucionais que diminuam a incidência de proteção ambiental ofendem, frontalmente, o postulado constitucional do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, apresentando patente inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 2º tiragem. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2012.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquematizado*. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15ª. 2013. São Paulo: Editora Atlas S.A..

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Colóquio Internacional “Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental”*, Brasília, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal*, p. 63. São Paulo, Vade Mecum Rideel 18ª ed.: 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*, p. 16. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação de Juizes para a Democracia, 2001.

COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal Anotada e Explicada*, p. 60. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

DERBLI, Felipe, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, p. 298. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ecosystema>>, acessado em 10/11/14.

FILHO, João Trindade de Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_de\\_cavalcanti\\_teorias\\_gerais\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_de_cavalcanti_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf)>, acessado em 09/09/2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, p. 65. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. *Matas Ciliares: conteúdo jurídico e biodiversidade*, p. 80. Curitiba: Juruá, 2005.

José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior – *Gerações ou Dimensões dos direitos fundamentais?* – Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>, acessado em 12/09/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, fl. 136, 9ª edição, rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, pág. 273. São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, 1ª edição, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana#ixzz3J8bfU3xe>>; acessado em 13/11/2014.

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*, p. 212/213. 8ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 68. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NAGAO, Luís Ossamu Gelati. *Diálogos entre o princípio da proibição do retrocesso socioambiental e o Novo Código Florestal brasileiro*. BELO HORIZONTE, ANO 16, N. 83, JAN./FEV. 2014.

PETERS *apud* SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental, p. 548, ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRIEUR, Michel. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, p. 10/11, Brasília, 2012.

ROUSSEAU, D. *apud* Michel Prieur. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, Brasília, 2012, p. 42.

SAMPAIO. José Adércio Leite. *"A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional"*, p. 670, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, I. W. *Proibição do Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível*, p. 26. Revista

Eletrônica sobre Reforma do Estado, Salvador, Bahia, número 15, setembro, outubro e novembro de 2008.

SARLET; FENSTERSEIFER. *Direito Ambiental Constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental* – ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2013.

Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC; Academia Brasileira de Ciências – ABC. *Código Floresta e a Ciência – Contribuições para o Diálogo*. São Paulo, SBPC: 2011.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 13, n. 65, Jan/Fev. 2011.

Viabilidade jurídica do manejo sustentável da espécie florestal Aroeira no Médio Rio Doce mineiro

---

[1] Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414), acessado em 28/08/2014.

[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2003).

[3] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 06; tradução de Carlos Nelson Coutinho – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

[4] CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 373. Coimbra: Almedina, 1998.

[5] SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 163-164, 1992.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 10/08/2006.

[7] FILHO, João Trindade de Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo>



/joao\_trindadade\_\_teoria\_geral\_dos\_direitos\_fundamentais.pdf>, acessado em 09/09/2014.

[8] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, fl. 136, 9ª edição, rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

[9] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 06; tradução de Carlos Nelson Coutinho – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

[10] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 04; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

[11] MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de Direito Constitucional*, p. 137, 9ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

[12] José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior – *Gerações ou Dimensões dos direitos fundamentais?* – Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>, acessado em 12/09/2014.

[13] MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de Direito Constitucional*, op. cit.

[14] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 569. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

[15] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. cit., p. 06.

[16] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 571-572.

[17] MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de Direito Constitucional*, p. 138. 9ª edição, rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014

[18] Ibidem, p. 136.

[19] Ibidem, p. 148.

[20] Ibidem, p. 148.

[21] SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, p. 105 – ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2013.

[22] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquematizado*, p. 15. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[23] SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, op. cit.

[24] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 62. 15ª. 2013. São Paulo: Editora Atlas S.A..

[25] *Ibidem*, p. 63.

[26] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 64. 15ª. 2013. São Paulo: Editora Atlas S.A.

[27] *Idem*.

[28] *Ibidem*, p. 65/66.

[29] COMPARATO, Fábio Konder. *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*, p. 16. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação de Juizes para a Democracia, 2001.

[30] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, *op. cit.*, p. 66.

[31] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 717. 37ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 112. 5. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2012.

[33] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquemático*, p. 22/23. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[34] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, p. 65. São Paulo: Saraiva, 2000.

[35] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquemático*, *op. cit.*, p. 23.

[36] BRASIL. *Constituição Federal*, p. 63. São Paulo, Vade Mecum Rideel 18ª ed.: 2014.

[37] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 120. 5. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2012.

[38] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 120. 5. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2012.

[39] *Ibidem*, p. 95-106.

[40] *Ibidem*, p. 119.

[41] TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 13, n. 65, Jan/Fev. 2011.

[42] MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 68. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

[43] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquematizado* p. 25. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[44] Idem.

[45] Idem.

[46] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquematizado*, p. 26. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[47] BRASIL. *Constituição Federal*, p. 63. São Paulo, Vade Mecum Rideel 18ª ed.: 2014. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[48] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade – *Direito Ambiental Esquematizado*, op. cit, p. 26.

[49] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 112, 5. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2012.

[50] MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*, p. 212/213. 8ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[51] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 06; tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 134.297, Rel. Min. Celso de Melo, *DJ* de 22/09/1995.

[53] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 124. 5. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2012.

[54] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 543, 2ª ed. 2º tiragem. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2012.

[55] COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal Anotada e Explicada*, p. 60. 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

[56] Ibidem, p. 61.

[57] SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, p. 105 – ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2013.

[58] CANOTILHO. MOREIRA. apud SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, p. 105 – ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2013.

[59] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, p. 158, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[60] PRIEUR, Michel. *Colóquio Internacional “Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental”*, p. 10/11, Brasília, 2012.

[61] SAMPAIO. José Adércio Leite. *“A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional”*, p. 670, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

[62] SILVA, Afonso José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 147 e 156, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

[63] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, op. cit.

[64] SARLET, I. W. *Proibição do Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível*, p. 26. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado, Salvador, Bahia, número 15, setembro, outubro e novembro de 2008.

[65] Idem.

[66] Idem

[67] Idem.

[68] SARLET, I. W. *Proibição do Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível*, p. 27. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado, Salvador, Bahia, número 15, setembro, outubro e novembro de 2008.

[69] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, p. 158, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[70] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 91. 5. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 201.

[71] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade, *Direito Ambiental Esquematizado*, p. 80 – 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[72] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 132/136 – ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2013.

[73] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, p. 158, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[74] BENJAMIN, Antônio Herman. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, Brasília, 2012.

[75] Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/pinheiro-pedro-principio-proibicao-retrocesso-ambiental-falacia><, acessado em 28/09/2014.

[76] PRIEUR, Michel. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, p. 16, Brasília, 2012.

[77] Idem.

[78] Ibidem, p. 45/46.

[79] PRIEUR, Michel. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, p. 45/46, Brasília, 2012.

[80] Ibidem, p. 48.

[81] BENJAMIN. Antônio Herman, *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, p. 52, Brasília, 2012.

[82] BENJAMIN. Antônio Herman, *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, p. 53, Brasília, 2012.

[83] Idem.

[84] DERBLI, Felipe, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, p. 298. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

[85] SARLET, I. W. *Proibição do Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível*, p. 18. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado, Salvador, Bahia, número 15, setembro, outubro e novembro de 2008.

[86] ROUSSEAU, D. apud Michel Prieur. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, Brasília, 2012, p. 42.

[87] PRIEUR. Michel. *Colóquio Internacional "Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental"*, p. 46, Brasília, 2012.

## VIABILIDADE JURÍDICA DO MANEJO SUSTENTÁVEL DA ESPÉCIE FLORESTAL AROEIRA NO MÉDIO RIO DOCE MINEIRO

**RAÍSSA DE OLIVEIRA MURTA:** Advogada.  
Bacharel e mestre pela Universidade Federal de Viçosa (UFV)

**RESUMO:** O presente artigo aborda um dos grandes problemas da região do Médio Rio Doce de Minas Gerais, que diz respeito à expansão monodominante da espécie florestal aroeira (*Myracrodruon Urundeuva*). Por estar em expansão, mas ao mesmo tempo ser imune de corte, a espécie em monodominância naquela região se revela um impasse não apenas ambiental, mas social e econômico, podendo ser até mesmo considerada um entrave ao desenvolvimento local. Assim, o objetivo deste trabalho é explicitar o campo problemático causado pela espécie, a fim de organizar subsídios para o debate sobre a viabilidade jurídica do manejo sustentável da aroeira, considerando a legislação vigente e o contexto da monodominância na região do Médio Rio Doce.

**Palavras-chave:** Aroeira (*Myracrodruon Urundeuva*); Médio Rio Doce-MG; Legislação Ambiental; Conflito de Normas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A expansão monodominante da espécie e seus impactos; 3. A tutela jurídica e a viabilidade de manejo sustentável da aroeira; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

### 1) INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas ambientais e socioeconômicos na região do Médio Rio Doce mineiro diz respeito à expansão das áreas monodominadas pela espécie florestal aroeira (*Myracrodruon urundeuva Fr. All.*), o que faz com que ela possa até mesmo ser considerada um entrave ao desenvolvimento local.

Isto porque, apesar da expansão monodominante da aroeira, a situação atual é a de impossibilidade de manejo da espécie (nem mesmo de forma sustentável, mediante plano de manejo autorizado), em razão da não concessão de licenças pelo órgão ambiental, que decorre do fato da espécie se encontrar na Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção.

Se pretende, no presente artigo, a identificação deste campo problemático que permeia a expansão da aroeira na região do Médio Rio Doce, bem como uma análise sobre a viabilidade jurídica do manejo da espécie, com base na legislação vigente.

Para tanto, o trabalho se organizará da seguinte maneira: inicialmente se evidenciará o problema, abordando os impactos ambientais, sociais e econômicos da monodominância na região. Posteriormente, se analisará a tutela jurídica da aroeira. Uma vez que a legislação que regulamenta a espécie se encontra em aparente conflito de normas, pelas técnicas hermenêuticas e de solução de antinomia jurídicas se procurará evidenciar a possibilidade ou não de uso da espécie na região. Por fim, se fará as conclusões principais do trabalho.

## **2) A EXPANSÃO MONODOMINANTE DA ESPÉCIE E SEUS IMPACTOS**

A monodominância é comumente caracterizada pela prevalência de uma única espécie em quantidade superior a 50% do conjunto de árvores de determinado local (HART, et al., 1989).

No caso dos “aroeirais” no Médio Rio Doce, esta monodominância é de fácil constatação, chegando a concentração das espécies a superar em 95% em algumas regiões (OLIVEIRA, et al., 2009).

O diálogo com agricultores e as revisões bibliográficas culminaram num processo de problematização da expansão da aroeira naquela região, que foi vista como um problema ambiental sem controle.

Com base em pesquisa etnobotânica anteriormente realizada por uma equipe multidisciplinar de pesquisadores da Universidade Federal de Viçosa (UFV)<sup>1</sup>, ficou claro que a ocorrência monodominante da aroeira mitiga o surgimento de outras tipologias florestais, e que está relacionada a processos erosivos do solo: ou ela aparece em razão do empobrecimento do solo, ou ela contribui para o aumento dessa degradação, ou ainda, há reciprocidade na relação solo-planta (OLIVEIRA, et al., 2007).

Dessa interpretação pode-se dizer que os impactos da monodominância no solo, na biodiversidade e na sobrevivência produtiva dos agricultores e proprietários da região tornam-se preocupantes (Figura 1).

Figura 1- Solo descoberto e processos erosivos em ambiente sob monodominância de aroeira

---

<sup>1</sup> Projeto de extensão universitária financiado pelo CNPq e intitulado “Etnociência, Agroecologia e Homeopatia para o desenvolvimento sustentável da agricultura familiar”.





Fotografia: Felipe P. Oliveira – Tumiritinga/MG – 2007

Não obstante os prejuízos acarretados pela condição na qual a espécie por si só encontra, na medida em que são grandes as áreas de sua ocorrência, essas áreas ainda deixam de ser cultivadas ou utilizadas para a criação de animais, o que, para qualquer propriedade, e principalmente para os pequenos proprietários, agricultores familiares ou assentados da reforma agrária, representa uma ameaça à sustentabilidade de seus empreendimentos.

Figura 2 – Monodominância de aroeira no Médio Rio Doce mineiro



Fotografia: Felipe P. Oliveira – Tumiritinga/MG – 2007

Assim, junto à questão ambiental há também questões socioeconômicas ligadas à expansão das áreas monodominadas. Nos últimos anos, na região do Vale do Rio Doce, estas áreas vêm sendo intensamente exploradas através do corte raso destes fragmentos, sendo a madeira e o carvão vendidos baratos, ao custo de maior desgaste do solo. Essa atividade é uma forma ilegal com a qual alguns proprietários lançam mão como estratégia de sobrevivência, uma vez que a aroeira, por estar incluída na lista de espécies ameaçadas de extinção, é imune de corte.

De acordo com pesquisa etnográfica já realizada pela equipe envolvida na pesquisa sobre a aroeira, essa configuração ambiental em expansão é popularmente referida como: “áreas improdutivas”, “praga sem controle”, e ainda como “um deserto de aroeira”. Nota-se que, diferentemente do que se poderia esperar como representação popular entorno dessa madeira, naquele contexto regional, a aroeira representa apenas desvantagem, causando somente “miséria” e “degradação”.

A renegação da espécie pela população ao seu redor, por atribuírem à aroeira a responsabilidade pela degradação da região, somada à sua inclusão na lista de espécies ameaçadas de extinção, com conseqüente impedimento de corte, resultam não apenas numa perda de qualidade ambiental local, mas também numa perda de área produtiva pelos proprietários locais.

Em contrapartida, a espécie é dotada de um grande valor genético e ecológico, com possibilidades, a partir de um manejo sustentável, do uso da aroeira como um recurso florestal madeireiro e não madeireiro.

Trabalhos científicos já explicitaram a importância que as áreas monodominadas exercem sobre as comunidades rurais que vivem em sua abrangência (OLIVEIRA et al. 2009). Assim, ficou evidente que, hoje, na região, esse é um dos grandes entraves ao desenvolvimento local sustentável, diante da impossibilidade do uso dessas áreas monodominadas como espaço para obtenção de renda.

A situação problema que se pode observar é a seguinte: apesar da visível expansão de áreas monodominadas pela aroeira no Médio Rio Doce, a espécie, ainda assim, aparece na lista oficial de espécies da flora brasileira ameaçadas de extinção, através da Portaria Normativa nº 37 de 3 de abril de 1992 do IBAMA e da Instrução Normativa nº 6 de 23 de setembro de 2008 do Ministério do Meio Ambiente, se transformando, nesta região, em um problema sem controle.

Além disso, regulamentando o uso da espécie há também a Portaria Normativa nº 83 de 26 de setembro de 1991 do IBAMA, que permite a exploração da espécie em floresta secundária, desde que mediante plano de manejo florestal previamente aprovado pelo IBAMA, e a Lei Federal nº 11.428 de 22 de dezembro de 2006, a lei do Bioma da Mata Atlântica, que em seu artigo 28, permite a exploração de espécies em estágio médio de regeneração quando sua presença for superior a 60%, desde que autorizados pelo órgão estadual competente.

Todo esse arcabouço jurídico, somado ao desconhecimento do mesmo pela população e, muitas vezes, até pelos próprios operadores do direito, a falta de estudos técnicos específicos que explicitem as características comportamentais da espécie em cada região e a falta de orientações técnicas que possam avaliar qualquer proposta de manejo para a espécie, têm corroborado para esta relação conflituosa gerada pela aroeira, onde, a falta de harmonia entre os anseios e necessidades da população e o objetivo da lei de impedir o corte tem gerado uma falta de efetividade da norma jurídica.

### **3) A TUTELA JURÍDICA E A VIABILIDADE DE MANEJO SUSTENTÁVEL DA AROEIRA**

A análise de toda a regulamentação entorno da aroeira se faz relevante para que se possa fazer um juízo, a partir de uma apreciação axiológica e hermenêutica das normas, de qual legislação deve ser aplicada ao caso concreto, com vias a dar maior eficácia à norma e à proteção do meio ambiente.

Em 1991, mediante a Portaria nº 83 de 26 de setembro, o IBAMA proibiu o corte e a exploração da aroeira em floresta primária, e permitiu a sua exploração em floresta secundária, desde que mediante plano de manejo aprovado pelo IBAMA. Floresta primária é aquela em que a ação humana não provocou significativas alterações das suas características originais de estrutura e de espécies, aquela que teve pouca interferência do homem. Já a floresta secundária é aquela resultante de um processo natural de regeneração da vegetação, em áreas onde no passado houve corte raso da floresta primária.

Já no ano seguinte, em 1992, através de nova portaria do IBAMA, a Portaria nº 37 de 03 de abril, foi instituída a Lista Oficial das Espécies Ameaçadas de Extinção, onde a aroeira foi enquadrada como “espécie vulnerável”.

Posteriormente, foi promulgada a Lei de Crimes Ambientais, a Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”. Nesta legislação, em seção própria destinada à flora, há alguns

dispositivos que tipificam o corte de madeira de lei e ainda outros onde, o fato de ser a espécie ameaçada de extinção, acarretar um agravamento da pena (vide artigos 45 e 53, II, c).

Em 2006 é então promulgada a Lei federal nº 11.428 de 22 de dezembro, que “dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e dá outras providências”. Importante ressaltar que a referida lei, em seu artigo 28, permite a exploração de espécies em vegetação secundária, em estágio médio de regeneração, quando sua presença for superior a 60%, desde que autorizados pelo órgão estadual competente. Por ser a região do Médio Rio Doce e de incidência de aroeira pertencente ao Bioma Mata Atlântica, e por se enquadrar no quadro descrito pelo artigo 28, caracterizando o que chamamos de monodominância, pode-se concluir que a lei é totalmente aplicável ao caso em questão.

No ano de 2008, através da Instrução Normativa nº 6 do Ministério do Meio Ambiente, de 23 de setembro, foi elaborada uma nova lista das espécies ameaçadas de extinção. A aroeira mais uma vez se encontra como espécie ameaçada de extinção nos estados da BA, DF, GO, MA, MG, MS, MT, SP, e nos biomas do Cerrado e da Caatinga. Importante ressaltar que a Instrução Normativa não trouxe, no campo destinado ao Bioma em que a espécie se encontra ameaçada, o Bioma Mata Atlântica.

A partir deste histórico legislativo, faz-se necessário, então, com base nos princípios de interpretação do direito e nas teorias de solução de conflitos de normas, uma análise da legislação, com vistas a verificar quais normas devem reger o uso da aroeira na região do Médio Rio Doce.

Interpretar significa extrair o alcance e o sentido da norma. A norma em si mesma não existe, já que ela sempre deverá ser aplicada por um elemento humano, que tentará ser o mais fiel possível à vontade da lei (*ratio legis*). Assim, o processo de interpretação das normas pelo intérprete se mostra extremamente importante na sua eficácia social.

A interpretação deve buscar a harmonização de normas que entrem em conflito, e para o conflito em questão há alguns princípios importantes a serem lembrados, tais como o Princípio da Máxima Efetividade, onde se deve buscar uma interpretação que conceda maior eficácia à norma, e o Princípio da Concordância Prática, onde se deve evitar o sacrifício total de um dos bens em conflito.

Ora, o que se deseja responder é se, no caso concreto da região do Médio Rio Doce, a aroeira pode ou não ser utilizada, levando-se em conta a sua inclusão

na lista de espécies ameaçadas de extinção e ao mesmo tempo a sua expansão monodominante.

O que se põe em conflito, então, é o fato de haverem normas que proíbem o corte da aroeira (Portaria nº 37 do IBAMA e Instrução Normativa nº 6 do MMA) e outras que permitem o seu corte quando em floresta secundária ou em monodominância, através de plano de manejo pré-aprovado pelo órgão competente (Portaria nº 83 do IBAMA e artigo 28 da Lei 11.428).

Conflito de normas, ou antinomia jurídica, é tema dos mais relevantes no direito, uma vez que o ordenamento jurídico é um sistema aberto, em que há lacunas, fazendo-se necessário delinear soluções harmônicas para os possíveis conflitos jurídicos.

Segundo Marcus Cláudio Acquaviva (2003), antinomia é “o conflito entre duas normas jurídicas, cuja solução não se acha prevista na ordem jurídica”. No mesmo sentido, preceitua Mirabete (2001) que conflito de normas é “quando a um mesmo fato supostamente podem ser aplicadas normas diferentes(...)”.

A ciência jurídica, tradicionalmente, traz alguns critérios para a solução do conflito<sup>2</sup>:

- a) O critério hierárquico, que leva em conta a superioridade de uma norma sobre a outra. Segundo o brocardo *lex superior derogat legi inferiori*, a lei superior prevalece sobre a lei inferior.
- b) O critério cronológico, que se baseia no momento de vigência das normas. Conforme o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior derroga lei anterior).
- c) O critério da especialidade, que leva em consideração o conteúdo, mais ou menos específico, da lei. Em função da presunção de que quando o legislador trata determinado tema de maneira específica ele o faz com maior precisão, conclui-se pelo brocardo *lex specialis derogat legi generali* (norma especial revoga a geral).

Segundo a doutrina, dos três critérios acima, o cronológico, constante do art. 2º da LINDB, é o mais fraco de todos, sucumbindo frente aos demais. O critério da especialidade, por sua vez, é o intermediário, e o da hierarquia o mais forte de todos.

---

2 Ver DINIZ, M. H. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

A hierarquia das normas jurídicas está ligada ao entendimento das mesmas como pertencentes a um “ordenamento jurídico”, um conjunto coeso das normas jurídicas de determinado local. Assim, faz-se uma verticalização das normas, de forma a conceber a Constituição Federal como a mais superior delas, e as demais em uma ordem de escalonamento que segue o seguinte parâmetro de superioridade, respectivamente: Por atos do Poder Legislativo tem-se as Leis Complementares (visam explicar ou adicionar algo à constituição e tem seu âmbito material predeterminado pelo constituinte), Leis Ordinárias (leis comuns, formuladas pelo Congresso Nacional. Possuem competência residual) e as Leis Delegadas (cujas normas contêm prescrições de princípios e balizas gerais de orientação). No âmbito do Poder Executivo, há ainda os Decretos (que estabelecem os regulamentos das leis), as Portarias (que são atos administrativos ministeriais e das secretarias estaduais e municipais) e as Instruções Normativas (que são atos administrativos internos que vinculam no âmbito dos órgãos).

A partir do critério hierárquico, põe-se em conflito a Lei Federal 11.428 (que permite o corte quando em monodominância) e a Portaria nº 37 do IBAMA e Instrução Normativa nº 6 do MMA (que proíbem o corte da aroeira por se tratar de espécie ameaçada de extinção e, portanto, imune de corte). Como explicado anteriormente, as normas legais, instituídas pelo Poder Legislativo, preponderam ante às normas infra legais, instituídas pelo Poder Executivo e que servem à execução das leis. Assim, conclui-se pela prevalência da Lei 11.428, e consequente possibilidade de uso da aroeira quando em monodominância, desde que mediante um plano de manejo autorizado pelo órgão competente.

Quanto ao critério da especialidade, coloca-se em conflito a Portaria nº 83 do IBAMA, que permite o corte da aroeira em floresta secundária mediante plano de manejo autorizado pelo IBAMA, e as já citadas Portaria nº 37 do IBAMA e Instrução Normativa nº 6 do MMA, que proíbem o corte da aroeira. Pelo critério de solução de conflitos de normas, *lex specialis derogat legi generali* (norma especial revoga a geral). Assim, deve a portaria nº 83 do IBAMA, que “proíbe o corte e exploração da Aroeira Legítima ou Aroeira do Sertão, das Braúnas e do Gonçalo Alves em floresta primária”, prevalecer ante as outras normas que estabelecem a lista de espécies ameaçadas de extinção, uma vez que aquela é mais específica.

Apesar da conclusão pela possibilidade de uso da aroeira nos casos explicitados, em concordância com a própria legislação regulamentadora, isto não é o que ocorre na prática. Esta situação conflituosa da legislação gera uma grande insegurança jurídica dos técnicos dos órgãos ambientais, que se não se sentem devidamente respaldados para autorizar a intervenção em áreas monodominadas,

sempre receosos de que suas ações possam originar processos administrativos ou mesmo judiciais.

Por tudo que foi dito, percebe-se que a simples proibição de uso da aroeira por se tratar de madeira de lei, enquanto ela se mostra um entrave ambiental na região, tem corroborado para o corte clandestino e para uma ineficácia da norma. Assim, não criar condições, através da adequação da norma ao caso concreto, para uma convivência harmoniosa da população ao seu entorno e da espécie florestal, tem criado um panorama de ineficácia da norma e de maior prejuízo ao meio ambiente.

Neste contexto, para que haja maior adequação da norma ao caso concreto da região do Médio Rio Doce, pelo Princípio da Máxima efetividade, e pelos critérios hierárquico e da especialidade para a solução de conflitos de normas, deve-se concluir pela possibilidade de uso da aroeira quando em floresta secundária, e em nível inicial e médio de regeneração, e quando em monodominância, desde que mediante plano de manejo autorizado, nos moldes da Portaria nº 83 do IBMA e do artigo 28 da Lei 11.428, a lei do Bioma Mata Atlântica.

#### **4) CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, depreende-se que a expansão monodominante da aroeira, apesar de ser considerada um grande entrave ambiental, ainda assim tem seu uso sustentável impossibilitado na prática, em razão da inclusão na lista de espécies ameaçadas de extinção.

Esta situação de desacordo entre a realidade e o disposto na legislação tem gerado prejuízos ao meio ambiente, à população ao seu entorno e ainda contribuído para o corte clandestino e falta de efetividade da legislação.

As principais normas que regulam a proteção e exploração da aroeira estão em aparente conflito, uma vez que apesar de estar incluída na lista de espécies ameaçadas de extinção e, portanto, ser imune de corte, há dispositivos que permitem a sua exploração em determinadas situações.

Todavia, o conflito é apenas aparente, uma vez que por meio do uso dos critérios de solução de antinomias é possível concluir pela possibilidade de exploração da aroeira quando em monodominância, em vegetação secundária e em nível inicial e médio de regeneração, através de plano de manejo autorizado, conforme o disposto no art. 28 da Lei 11.428/2006 e da Portaria 83/1991 do IBAMA.

Assim, verificada a possibilidade de exploração trazida pela legislação existente, uma possível solução que concederia maior efetividade a esta legislação e maior segurança jurídica a técnicos e operadores do direito, seria a criação de uma portaria do órgão ambiental estadual regulamentando o plano de manejo da aroeira quando em monodominância.

Esta situação já ocorreu em Minas Gerais, no caso da espécie florestal candeia (*Eremanthus sp.*), onde, por meio da atuação conjunta entre pesquisadores da Universidade Federal de Lavras e o Poder Público, culminou-se na Portaria nº 1 de 05 de janeiro de 2007 do IEF, que “Dispõe sobre normas para elaboração e execução do Plano de Manejo para Produção Sustentada da Candeia - *Eremanthus erythropappus* e *Eremanthus incanus* no Estado de Minas Gerais e dá outras providências.”.

Ainda são necessários estudos técnicos que esclareçam qual a melhor forma de se viabilizar um manejo sustentável para a aroeira, onde seja possível um desbaste seletivo. Para tanto, se faz necessária a atuação dos órgãos ambientais junto à população envolvida, pois além de serem os maiores prejudicados, são os que mais conhecem a problemática da espécie e têm interesse em sua solução.

Por fim, deve-se ressaltar que em tempos de tamanhos problemas ambientais e tantos interesses econômicos envolvendo estas questões, é necessário se ter cautela com qualquer possibilidade de exploração dos recursos naturais. Assim, é importante se atentar para que a regulamentação do manejo sustentável da aroeira, cujo objetivo é o de melhora da qualidade ambiental e social, não seja substituído por um quadro de maior degradação, por meio de um uso desregrado e inconsequente.

Para que isto ocorra é de fundamental importância a atuação de técnicos, operadores do direito e cidadãos no sentido de garantir que a implementação das mudanças relativas à aroeira se dê de forma responsável, sustentada e com proteção do ecossistema.

## 5) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003, p.34.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.



BRASIL. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 de outubro de 2014.

BRASIL. **Lei 11.428 de 22 de Dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

BRASIL. **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de outubro de 2014.

DINIZ, M. H. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

HART, T. B., HART, J. A. & MURPHY, P. G. *Monodominant and species-rich forests of the humid tropics: causes for their co-occurrence*. **The American Naturalist**, n.133, v.5, p. 613-633, 1989.

IBAMA –INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Portaria Normativa Nº. 37, de 3 de abril de 1992**. Torna pública a lista oficial de espécies da flora brasileira ameaçada de extinção. Brasília: Diário Oficial da União, de 03 de Abril de 1992.

IBAMA –INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Portaria Normativa Nº. 83, de 26 de setembro de 1991**. Proíbe o corte e exploração da Aroeira Legítima ou Aroeira do Sertão, das Braúnas, do Gonçalo Alves em florestas primárias. Brasília: Diário Oficial da União, 26 de setembro de 1991.

INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS - IEF. **Portaria Normativa Nº 01, de 05 de janeiro de 2007**. Dispõe sobre normas para elaboração e execução do Plano de Manejo para Produção Sustentada da Candeia - *Eremanthus erythropappus* e *Eremanthus incanus* no Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Minas Gerais: Diário do Executivo, 06 de janeiro de 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. V. 1, Atlas, São Paulo, 17 ed., 2001, p. 120.

MMA- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Instrução Normativa nº 06 de 23 de setembro de 2008**. Traz a lista oficial de espécies da flora brasileira ameaçadas de extinção e com deficiência de dados. Brasília: Diário Oficial da União, 2008.

OLIVEIRA, F. P.; FREITAS, H. R.; COELHO, F. M. Monodominância de aroeira: distribuição espacial e relações pedológicas na região leste de Minas Gerais. In: V **SIMPÓS.** Viçosa: UFV, *Anais...* 2009. CD Rom.

OLIVEIRA, F.P.; COELHO, F.M.G.; ARAÚJO, E.R. Contribuições da Agroecologia e da Homeopatia na resignificação da monodominância da aroeira em assentamento rural. In: **V CBA.** Belo Horizonte, ABA, *Anais...* 2007.

## **O REGIME PRISIONAL BRASILEIRO E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA**

**SUZY CHRYSTINE VASQUES GUEDES:**

cadêmica do curso superior de Direito do CENTRO DE ENSINO SUPERIOR LUTERANO DE MANAUS - CEULM ULBRA

**JEFERSON FERNANDO PEREIRA DA SILVA<sup>[1]</sup>**

(Coautor)

**INGO DIETER PIETZSCH<sup>[2]</sup>**

(Orientador)

**RESUMO:** Apesar de a Constituição Federal de 1988 não ter instituído expressamente a ressocialização como objetivo específico da pena, depreende-se de vários dispositivos que esta é a finalidade da pena privativa de liberdade, inferindo-se, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana, tida como “valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais”, assim como seus desdobramentos, configuram elementos indispensáveis para aqueles que estão sob a tutela direta do Estado, juntamente com o direito à vida e o direito à integridade física e moral. Desse modo, o presente estudo, tem por objetivo fazer uma reflexão acerca do Direito Penal e aplicabilidade prática de seus dispositivos frente à população carcerária brasileira, bem como sua eficiência para a contenção da criminalidade, verificando-se a observância dos direitos e garantias fundamentais dos presos. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e documental, partindo da análise da evolução histórica do Direito Penal no Brasil, desde o período colonial, cerca da legislação existente, visto que, para entender o sistema atual, é preciso vislumbrar a origem das primeiras leis de execução penal criadas no país. Sem dúvida alguma, a ideologia por trás da pena, com o atravessar dos séculos, sofreu uma série de transformações, uma vez que, inicialmente, criadas com intuito de vingança social, hoje, as penas atuam como fórmulas simultâneas de correção, prevenção e proteção social. No entanto, com a terceira maior população carcerária do mundo, vivendo em condições precárias e sub-humanas, a reincidência criminal ainda é extremamente elevada e as penas restritivas de liberdade, que deveriam servir de intimidação e coibição para a prática de novos crimes, simplesmente não funcionam, uma vez que os índices de violência, no Brasil, tornam-se cada vez maiores, juntamente com a população prisional, chegando ao ponto de não haver instituições suficientes para abrigar dignamente tantos presos. Assim, o presente trabalho trata da necessidade de atenção à política criminal e

penitenciária, com foco na ineficiência tanto no cumprimento da pena e na repressão, quanto na incapacidade do sistema penitenciário de ressocializar o preso, devido à falta de políticas públicas voltadas para a reintegração do preso à sociedade e à falta de controle estatal no que diz respeito ao domínio das facções criminosas dentro dos presídios.

**Palavras-chave:** Direito Penal Brasileiro; Direitos Fundamentais; População Carcerária.

**ABSTRACT:** Although the Federal Constitution of 1988 did not expressly institute resocialization as a specific objective of punishment, it can be seen from several provisions that this is the purpose of the custodial sentence, and it is also inferred that the principle of the dignity of the human person, considered as the "founding value of the system of fundamental rights", as well as its unfolding, are indispensable elements for those who are under the direct tutelage of the State, together with the right to life and the right to physical and moral integrity. Thus, the purpose of this study is to reflect on the criminal law and the practical applicability of its provisions in relation to the Brazilian prison population, as well as its efficiency in the containment of crime, observing the observance of the fundamental rights and guarantees of prisoners. The methodology used was the bibliographical and documentary revision, starting from the analysis of the historical evolution of the Criminal Law in Brazil, since the colonial period, close to the existing legislation, since to understand the current system, it is necessary to glimpse the origin of the first laws of penalties created in the country. Undoubtedly, the ideology behind punishment, with the passing of the centuries, has undergone a series of transformations, since, initially, created for the purpose of social revenge, today, the penalties act as simultaneous formulas of correction, prevention and protection Social. However, with the third largest prison population in the world, living in precarious and subhuman conditions, criminal recidivism is still extremely high and restrictive sentences of freedom, which should act as intimidation and restraint for the commission of new crimes, simply do not work, since the rates of violence in Brazil are increasing with the prison population, to the point that there are not enough institutions to shelter so many prisoners with dignity. Thus, the present work addresses the need for attention to criminal and penitentiary policy, focusing on inefficiency both in punishment and repression, and in the inability of the penitentiary system to re-socialize the prisoner, due to the lack of public policies aimed at reintegration of the prisoner to society and the lack of state control over the criminal factions within prisons.

**Keywords:** Brazilian Criminal Law; Fundamental Rights; Prison Population.

## 1. INTRODUÇÃO

A sanção penal brasileira possui a finalidade de punir o indivíduo através da retribuição pela prática delituosa e a prevenção, para o não cometimento de novos crimes. A pena, neste contexto, é marcada por ser um castigo, uma intimidação ou reafirmação do Direito Penal e um recolhimento do indivíduo que a praticou para ressocialização.

Segundo a Lei de Execução Penal preceitua "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade". (BRASIL, 1984, artigo 10, LEP, p.1)

A definição é direta e destinada ao fim que possui, ou seja, punir o indivíduo que cometeu a prática delituosa e prevenir para que o mesmo não pratique mais crimes, e educar a sociedade através da intimidação. Contudo, a doutrina diverge na concepção do que realmente seria a sanção penal para o delinquente.

A pena é regida por características próprias como a legalidade, a anterioridade, a personalidade, a individualidade, a inderrogabilidade, a proporcionalidade e a humanidade, assegurando ao delinquente o cumprimento digno da pena que lhe é destinada; fazendo menção ao que versa a Lei para agravantes e atenuantes.

Como a sanção penal tem a finalidade primordial de retribuir ao indivíduo que comete o crime uma pena, ou seja, penalizá-lo pela prática de um ato que não foi aprovado pela sociedade. Os legisladores, de forma sábia, elencaram espécies penais que são utilizadas, para variar de acordo com crime praticado.

## 2. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

### 2.1 Direito Penal No Brasil: Considerações Iniciais

Direito Penal, conforme instrui Guilherme de Souza Nucci: "é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação." (NUCCI, Guilherme de Souza. 2010, p. 39)

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

Assim, o professor José Afonso da Silva assevera que:

“A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”. (SILVA, Jose Afonso. 2003, p. 119 – 220)

Em síntese, a finalidade de um Estado Democrático de direito é a libertação da pessoa humana de qualquer forma de opressão. No âmbito do Direito Penal, tal situação seria traduzida na segurança de o indivíduo ter respeitadas as garantias e os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, onde a liberdade deve ser versada como regra, somente sendo admitida sua privação em casos excepcionais, de maneira que a pena não pode ser, apenas um fim em si mesmo, sem que haja nem um outro objetivo a ser atingido em prol da sociedade.

Partindo dessa premissa, com o intuito de restringir e delimitar o arbítrio do legislador e, assim, impedir a criação penas tirânicas com cominação de sanções cruéis, se apresenta um dos princípios constituintes do Direito penal, o princípio da intervenção mínima, baseado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que, em seu artigo 8º determinou: “a lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

O Entendimento de Bittencourt tem por mérito auxiliar no entendimento deste princípio:

“O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção

de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária” (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2010, p.43)

Portanto, infere-se, que o Direito penal deve ser encarado como a última opção do sistema legislativo, somente devendo ser acionado quando não mais houver opção senão a criação da lei penal.

Conforme, sabiamente, asseverou Guilherme de Souza Nucci:

“o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do direito. Fracassadas outras formas de punição e de composição de conflitos, lança se mão da lei penal, para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados.” (NUCCI, Guilherme de Souza. 2010, p. 47)

O princípio da mínima intervenção, conforme se pode observar, decorre de um dos mais fundamentais princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como o princípio constitucional máximo (NUNES, 2009, p. 49), mandamento objetivo de todo o ordenamento jurídico, seja de ordem constitucional ou inferior, não podendo o intérprete da lei ignorar tal condição e não dar alcance às normas que lhe restabeleçam a condição de viver dignamente como ser humano, de modo que o princípio da dignidade atua como elemento fundador de outras garantias na constituição, tal como ocorre com as regras do direito do penal quando pressupõe que não haverá pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII, CF/88).

Assim sendo, a busca pela humanização do instituto das prisões encontra respaldo não só na Constituição brasileira, mas atua como finalidade precípua do próprio ordenamento jurídico e da atividade estatal, não podendo servir de instrumento para aplicação de penas cruéis, desumanas ou degradantes, nem servir de depósito de pessoas, amontoadas em péssimas condições de sobrevivência.

A vedação da pena de morte representa respeito a garantia do direito à vida, enquanto a vedação de penas de caráter perpétuo representa o cumprimento do direito fundamental à liberdade. O princípio da humanidade pode ser encontrado no artigo 4º, II, da Constituição Federal, que trata da defesa dos direitos humanos e também no artigo 5º, incisos III, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX, que proíbe: pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; penas de caráter

perpétuo; trabalhos forçados; banimento; penas cruéis; cumprimento da pena em locais adequados; respeito à integridade física e moral:

“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:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;



XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;" (BRASIL, 1988, p. 3)

Portanto, o principal intento da pena, é a prevenção geral através da intimidação, sem deixar de lado as possíveis necessidades de prevenção especial, no que tange à ressocialização do delinquente. A pena como forma de retribuição do crime, no sentido de expiação ou de compensação da culpabilidade, nada mais significa do que a imposição de um mal que se justifica por ter sido cometido e representado pelo crime.

Respaldados pela Lei de Execuções Penais, é válido considerar que os dois sustentáculos da pena (punir e ressocializar) devem ser aplicados de forma cumulativa, visando não só a reprimenda estatal, a retribuição pelo mal causado à sociedade, mas além da punição a implantação da correção ao comportamento desviado, consubstanciado na demonstração ao preso de que ele tem condições de responder pelo crime praticado e, mesmo assim, ser aceito de volta a sociedade, que não o discriminará.

Assim, acordo com Nucci:

"A pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime e a prevenção a novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado". (NUCCI, 2006, p.378)

O termo "pena" vem do latim *poena*, porém com derivação do grego *poine*, significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa. Delmanto (2002) conceitua pena como sendo "a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. *Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora*". (DELMANTO, 2002, p. 67) (grifo nosso)

Outro conceito de pena é o de Capez (2003), que traz a seguinte definição:

“Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade” (CAPEZ, 2007, p.358)

Segundo Santos (2006), a pena tem a função de prevenção geral positiva, ou seja, a partir da reação estatal perante fatos puníveis, que protege a consciência social da norma e resguarda, desta forma, o delinquente, ajudando-o dentro do possível, utilizando os critérios da proporcionalidade.

O sistema penal brasileiro apresenta às penas as seguintes características: a. é personalíssima, só atingindo o autor do crime (Constituição Federal, art. 5º XLV); b. a sua aplicação é disciplinada pela lei (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX); c. é inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação; d. é proporcional ao crime (CF, art. 5º, XLVI e XLVII); e. anterioridade, onde a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX); f. individualidade, a sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (CF, art. 5º, XLVI); g. humanidade, não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, perpétuas (CP, art.75), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII).

Em regra, o sistema prisional ou local de cumprimento da pena, conforme sua natureza deverá contar com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, com instalação destinada a estagio de estudantes universitários. Serão instaladas, ainda, salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante e haverá instalação destinada à Defensoria Pública.

Mas, o que se observa, na prática, é um sistema prisional falido, sem capacidade para sustentar a quantidade de presos atualmente existente. Conforme as palavras de Xavier:

“Em junho de 2014, tínhamos 563.526 presos cumprindo pena nos estabelecimentos prisionais, quando só se dispõem de 357.219 vagas, o que representava um déficit de 206.307 vagas. Com isso, temos a relação de 1,57 presos/vaga, o que torna o Brasil vice-campeão mundial nesse quesito, atrás apenas da Bolívia” (XAVIER, 2012, p.201).

Segundo Rocha (2016):

“No que diz respeito aos tipos de penas aplicáveis [...], deve-se ter em mente que a pena privativa de liberdade deve ser de caráter excepcional e subsidiário, tendo em vista que se trata de pena mais gravosa e que pode trazer consequências ainda maiores ao indivíduo que a cumpre e à sociedade. No entanto, não é essa, infelizmente, a tendência que acompanhamos no Judiciário brasileiro, que supervaloriza, muitas vezes, a pena privativa de liberdade em detrimento das penas alternativas, ainda que o caso concreto autorize-as. Essa realidade é explicada, em parte, pela própria cultura da nossa sociedade, que possui a ideia de que para que seja punido, o criminoso deve necessariamente passar por um presídio, pois, caso contrário, haverá a sensação de impunibilidade”. (ROCHA, 2016).

A lei como um todo, portanto, tem como objetivo primordial, ao privar a liberdade do homem como penalização, que ele aprenda a respeitar e se submeter às regras da sociedade, que seja reeducado. No entanto, os entraves do sistema carcerário são muitos, sendo os mais graves a superlotação e, conseqüentemente, a falta de infraestrutura, aliados aos constrangimentos irregulares que os apenados sofrem.

Mediante à falência do sistema prisional brasileiro, exigem-se novos métodos para a execução das penas, não bastando que se atire o condenado à reclusão e aos maus tratos. A Lei de Execução Penal, por sua vez, se apresenta bastante adiantada neste sentido, prevendo direitos e mecanismos de reeducação do preso, mas, por não ser cumprida eficientemente, não gera o efeito necessário.

Entretanto, para entender o motivo de, apesar das várias modificações sofridas pelo Direito Penal Brasileiro, buscarem ao máximo cumprirem as afirmações contidas na legislação vigente, na doutrina e na jurisprudência, no que diz respeito à obediência dos direitos e garantias fundamentais do condenado, é preciso, antes, estudar toda a evolução histórica do Direito Penal no Brasil, desde o Período Colonial até as últimas atualizações legais.

## **2.2 Código Criminal do Império**

Após a proclamação da República, a primeira Constituição Brasileira, a de 1824, previa a elaboração de uma nova legislação penal, de modo que o primeiro código criminal independente do Brasil a ser elaborado, foi Código Criminal do

Império, sancionado em 16 de dezembro de 1830, por Dom Pedro I, aos moldes do Direito Português, aglomerando em um único código, um conjunto de normas penais sistematizadas e reduzidas, aplicadas à legislação penal brasileira: “organizar-se-á o quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” (BRASIL, art. 179, parágrafo 18).

O referido código era constituído por quatro partes – dos crimes e das penas; dos crimes públicos, dos crimes particulares e dos crimes policiais – sendo composta cada uma por títulos, capítulos e seções, determinando que nenhum crime fosse punido com penas que não estivessem estabelecidas nas leis conforme a gradação de máximo, médio e mínimo, em razão das possíveis atenuantes ou agravantes (Código Criminal, art. 33). Dessa forma, foram determinados como criminosos (autores) aqueles que cometiam, constrangiam ou mandavam alguém cometer crimes. Além disso, não haveria crime ou delito, ou quaisquer palavras sinônimas neste código, sem uma lei anterior que o qualificasse (Código Criminal, art. 1º).

Os menores de quatorze anos foram isentos de responsabilidade penal (Código Criminal, art. 10). Entretanto, caso fosse comprovado que haviam cometido crime ou delito, com discernimento, seriam encerrados nas casas de correção, com período de reclusão limite até o réu completar dezessete anos (Código Criminal, art. 13).

A legislação criminal seguida durante o Império exprimiu uma ruptura em relação às penalidades martirizantes da codificação portuguesa (esquartejamento, amputação, açoites etc.), por privilegiar a aplicação da pena de privação da liberdade (o encarceramento) praticamente inexistente no livro V, mas, que foi aplicada predominantemente no Código de 1830 (SALLA, 2006, p. 46).

Nos casos da aplicação da pena de morte podia ocorrer uma combinação de suplícios (açoites e tenazes quentes), além do esquartejamento antes ou depois da morte, de acordo com a condição do criminoso e o tipo de crime (LARA, 1999, p. 22).

A aplicação generalizada da pena de prisão, a partir do século XIX, foi fruto do ideário iluminista, dado o caráter igualitário da penalidade de confiscar um direito comum, a liberdade, de todos os que haviam sido elevados à categoria de cidadãos (SALLA, 2006, p. 46). Sua aplicação é prevista nos quatro títulos da parte segunda do Código de 1830, que tratou dos crimes públicos contra a existência política do Império, o exercício dos poderes políticos, o livre gozo dos direitos políticos dos cidadãos e a segurança interna (MALERBA, 1994, p. 119).

De acordo com a orientação do direito clássico, a Constituição de 1824 aboliu “os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis” (BRASIL, 1824, art. 179, parágrafo 19), além de eliminar as mutilações e os castigos corporais. Entretanto, foram mantidas as penas de açoites, aplicadas exclusivamente aos escravos, as de morte e de galés, assim como as de banimento, degredo, desterro, multa, suspensão e perda de emprego.

A pena de banimento (art. 50) privava os réus dos direitos de cidadão brasileiro e de habitar perpetuamente o território do Império. No entanto, apesar de previsto o banimento não foi estipulado diretamente como pena para nenhum crime (SALLA, 2006, p. 367). A pena de degredo (art. 51) obrigava “os réus a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sair dele, durante o tempo, que a mesma lhes marcar” (BRASIL, 1830, p.6). Sua aplicação deveria ser feita nos casos de estupro (art. 221) e no exercício ilegítimo da autoridade militar (art. 141), o que representou uma diminuição significativa se comparado ao número de crimes – em torno de duzentos e cinquenta e seis – punidos com o degredo nas Ordenações Filipinas (PONTAROLO, 2010).

Pode-se dizer que a pena de degredo praticada durante o período imperial possuiu também uma função ligada ao povoamento nas regiões de fronteira (PIERONI, 2002; PONTAROLO, 2010, p. 17). Já a pena de desterro obrigaria “os réus a sair dos termos dos locais do delito, da sua principal residência, e da principal residência do ofendido, e a não entrar em algum deles durante o período marcado na sentença” (art. 52). Essa pena era prevista nos casos de estupro (art. 219) e de conspiração (art. 107). A pena de multa, por sua vez obrigava os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, imposta de maneira aditiva às penas principais de prisão simples e com trabalho, e de suspensão e perda de empregos.

O Código Criminal de 1830 vigorou durante todo o Império e foi complementado posteriormente pelo Código do Processo Penal de 1832, tendo sido substituído apenas na República, em 1890.

### **2.3 Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832**

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância foi promulgado pela Lei de 29 de novembro de 1832, publicada por uma Regência, em nome do Imperador Dom Pedro II, tratando da organização judiciária e da parte processual complementar ao Código Criminal de 1830, alterando inteiramente as formas do procedimento penal então vigentes, herdadas da codificação portuguesa.

A primeira parte do Código de Processo Criminal tratou da nova organização judiciária, que manteve nas províncias do Império as divisões em

distritos de paz, termos e comarcas. No distrito, constituído por, no mínimo, 75 casas, haveria um juiz de paz eleito nas localidades, que contava, para auxiliá-lo, com um escrivão, inspetores de quarteirões e oficiais de justiça:

“Art. 4º Haverá em cada Distrito um Juiz de Paz, um Escrivão, tantos Inspectores, quantos forem os Quarteirões, e os Oficiais de Justiça, que parecerem necessários.

Art. 5º Haverá em cada Termo, ou Julgado, um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal, um Promotor Público, um Escrivão das execuções, e os Oficiais de Justiça, que os Juizes julgarem necessários.

Art. 6º Feita a divisão haverá em cada Comarca um Juiz de Direito: nas Cidades populosas, porém, poderão haver até três Juizes de Direito com jurisdição cumulativa, sendo um deles o Chefe da Polícia. (BRASIL, 1832, p.1)

Seu texto proporcionou muitas garantias de defesa dos acusados com a adoção da ordem do *habeas corpus*, do direito concedido ao cidadão de promover a ação penal popular, mesmo não sendo vítima, quando os crimes fossem públicos, da instituição dos jurados e dos cargos eletivos de juiz de paz. (IGLÉSIAS, 1993, p. 151; SLEMIAN, 2008, p. 201; BAJER, 2002, p. 25).

## **2.4 Código Criminal da República de 1890**

Com a Abolição da Escravatura surgiu a necessidade de reforma no Código Criminal de 1830, uma vez que as disposições nele contidas já não se encontravam mais em acordo com a realidade social existente. Assim, após a Proclamação da República, em 1888, o Conselheiro João Batista Pereira, foi mantido pelo Ministro da Justiça Campos Sales, nessa missão de elaborar um projeto de Código Penal, para ocupar lugar do antigo Código de 1830, símbolo de um período que precisaria ser rapidamente esquecido naquele momento (SILVA, 2006, p. 13).

O referido Código foi finalizado num período de três meses e, e após passar por uma comissão revisora instituída pelo Ministro da Justiça, foi aprovado por meio do Decreto 847 de 11 de outubro de 1890, antes mesmos da Constituição da República de 1891 (PIARANGELI, 2001, p. 74). Desse modo, o Direito Penal foi utilizado claramente como um ponto de partida para o controle social seletivo, diferenciando os homens bons dos criminosos. “Em um ambiente de aristocratização social como o da República Velha, a busca pelos criminosos acabava por tomar os sinais aparentes de pobreza como indícios de propensão à criminalidade” (LOPES; QUEIROZ; ACCA, 2009, p. 427).

O Código tem uma preocupação em penalizar condutas desviantes socialmente, como a vadiagem, a mendicância e a embriaguez, em nome da aplicação de uma moderna Ciência do Direito Penal. “Esta ansiedade por separar, no corpo social, o joio do trigo levou ao estabelecimento de uma espécie não-oficial de sociedade estamental na República” (LOPES; QUEIROZ; ACCA, 2009, p. 427). Comparado ao Código Criminal do Império, o Código Penal da República em termos de estrutura normativa e coerência teórica ficou longe do seu antecessor e foi tido como um dos piores diplomas legais editados (SILVA, 2006, p. 13).

Contudo, uma vantagem do Código Penal de 1890 merece ser ressaltada: a abolição da pena de morte e a instalação do regime penitenciário correccional, com um abrandamento do rigor das penas, o que configurava um avanço para a legislação penal da época (MIRABETE, 2011, p. 23). Em seu artigo 43 estabeleceu as penas: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro; h) multa. Não admitiu penas infamantes e restringiu as penas privativas de liberdade individual pelo prazo máximo de 30 anos, vedando com isso as penas de caráter perpétuo. Mas, o Código Penal, mesmo com penas mais brandas, manteve o caráter instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social da pena (SCHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 41).

## **2.5 O Código Penal de 1940**

Embora tenha sido elaborado durante um regime ditatorial, o Código penal de 1940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal, sendo que seu único vestígio autoritário aparece na disciplina dos crimes contra a organização do trabalho, que, inspirada no direito italiano, estabelece sistema de excepcional rigor na repressão dos ilícitos penais relacionados com a greve, que se configura com a mera paralisação do trabalho com o concurso de pelo menos três empregados (BRASIL, art. 200, Parág. único, Código Penal).

A legislação penal foi complementada com o surgimento da Lei das Contravenções Penais em 1941, ainda em vigor e diversas outras leis penais extravagantes, tais como: o Código Penal Militar, de 1944 (substituído posteriormente pelo Código de 1969); Lei de Imprensa, de 1953 (substituída posteriormente pela Lei nº 5.250, de 1967 e que recentemente foi declarado pleno do STF a sua não recepção pela CF/88 ); Lei de economia popular (Lei nº 1.521, de 1951); Lei de segurança do Estado, de 1953 (revogada posteriormente pelo Decreto-Lei nº 898, de 1969).

Permanece, portanto, em vigor, o Código Penal de 1940, com algumas alterações que lhe foram introduzidas, dentre as quais as referentes à lei de nº 6.416 de 1977, que inseriu em seu bojo os estabelecimentos penais semiabertos e abertos, de que é espécie a prisão-albergue.

O Código Penal vigente é dividido pela parte geral, que cuida dos lineamentos de todo o sistema penal e a parte especial, que descreve as figuras típicas, ou crimes, compreendida de oito títulos, dando-se as penas e medidas de segurança. A parte especial por sua vez, possui onze títulos, cada qual refere-se a um bem jurídico tutelado como a vida, o patrimônio, a propriedade imaterial, a organização do trabalho, os costumes, a família, dentre outros.

## **2.6 O Código Penal de 1960**

Com o restabelecimento da Democracia em 1945 e com o advento de uma nova Constituição em 1946, pensou-se logo em um novo Código Penal, embora não houvesse a pretensão de se elaborar um Código totalmente novo, visto que o Governo considerava o Código de 1940 como a melhor codificação feita até então.

Desta feita, um inovador estatuto que foi convertido em lei por via do Decreto-lei nº1.004, de 21 de outubro de 1969, de pronto começou a ser bombardeado com inúmeras críticas, dentre elas, pode-se citar a adoção da pena indeterminada, que foi considerada uma inovação absurdamente inviável e ainda, a redução prevista para dezesseis anos a idade mínima para a imputabilidade, sendo esta dependente de exame criminológico para verificar a devida capacidade de entendimento e autodeterminação do agente. O Código original sofreu algumas alterações em 31 de dezembro de 1973, por meio da lei nº 6.016/73, atendendo-se a muitas das críticas formuladas, no entanto, foi derogado sem nunca entrar em vigor.

## **2.7 Lei de Execução Penal**

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, trata dos direitos (e deveres) do reeducando (condenado e internado) nas penitenciárias brasileiras e da sua reintegração à sociedade.

Elencado na Lei de Execução Penal, o art. 1º aborda o principal objetivo da execução da sentença penal condenatória: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, p.1)



O preso, conseqüentemente, assim como qualquer outra pessoa, é um sujeito possuidor de direito e deveres, uma pessoa humana que deve ser punida pelo crime que cometeu, mas ao qual se de oportunizar a recuperação, já que a reintegração social, como estabelece a Lei de Execução Penal, é uma obrigação do Estado.

A Lei de Execução Penal (LEP) assegura ao preso os seus devidos direitos, quais sejam: direitos políticos, direitos a assistência, educação, religião, corroborando em atividades reabilitadoras. Essencialmente, o período de cumprimento da pena é justamente para reabilitar o sujeito e prepará-lo para o retorno em sociedade. Para Mirabete (2007, p. 63), "se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é evidente que os presos devem ter direitos aos serviços de assistência, que para isso devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos, como dever do Estado".

Tratando-se dos direitos que o sentenciado possui diante da LEP, para Santos (1998, p. 26), "a Lei de Execução Penal é pródiga no que se refere à concessão dos direitos do preso. Um dos artigos da LEP que espelham com objetividade a ideologia que comandam o referido diploma no tocante ao condenado é o artigo 3º":

"Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política." (BRASIL, 1984, p.1)

Os artigos 5º, 6º, 7º e 8º por sua vez, estabelecem as condições de individualização dos apenados:

"Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1

(um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução". Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

(BRASIL, 1984, p.1)

Dentre outros, constituem direitos do preso:

"Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; (BRASIL, 1984, pp. 6-7)

Quanto aos tipos de assistência, temos o disposto no Art 11: “Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III -jurídica; IV - educacional; V – social; VI – religiosa”. (BRASIL, 1984, p. 2)

A Lei de Execução Penal, portanto, é muito positiva quando alega as assistências, sustentando contribuições quanto a alimentação, higiene, vestuário, serviços médicos, assistência jurídica do seu processo, bibliotecas, ensino de 1º grau, trabalho, apoio de assistência social e até mesmo na religião. As garantias obtidas através da Lei de Execução Penal auxiliam o processo de ressocialização, devendo ser realmente aplicados. Se os programas ressocializadores forem desenvolvidos, na prática, e os sistemas penitenciários brasileiros reformulados, seria possível o fornecimento de condições dignas conforme orienta a lei.

## **2.8 Sistema Penitenciário Brasileiro**

As instalações, são sempre em péssimas condições, com elevados índices de detentos por cela, com relatos frequentes tortura e maus-tratos, tanto por parte de outros detentos, quanto por parte dos próprios agentes prisionais, agindo como um combustível perfeito para a proliferação da violência. A forma indiscriminada de aprisionar acaba por criar um ciclo vicioso de se combater a violência com violência. Ou seja, o modelo é parte do problema: se aprisiona muito e se aprisiona mal.

Segundo Cezar R. Bitencourt, as principais deficiências apresentadas nas prisões são as seguintes:

“a) maus tratos verbais ou de fato (castigos sádicos, crueldade injustificadas, etc.); b) superlotação carcerária (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita os abusos sexuais e de condutas erradas); c) falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras nas celas, corredores); d) condições deficientes de trabalho (que pode significar uma inaceitável exploração do recluso); e)

deficiência dos serviços médicos ou completa inexistência; f) assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (dependendo do delinqüente consegue comprar esse tipo de serviço para utilizar em favor da sua pena); g) regime falimentar deficiente; g) elevado índice de consumo de drogas (muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários ou policiais, que permitem o tráfico ilegal de drogas); i) abusos sexuais (agravando o problema do homossexualismo e onanismo, traumatizando os jovens reclusos recém ingressos); j) ambiente propício a violência (que impera a lei do mais forte ou com mais poder, constringendo os demais reclusos)”

A separação dos presos provisórios dos condenados, e, entre os condenados, a separação por periculosidade ou gravidade do crime cometido está prevista na lei de execuções penais. No entanto, na prática, não é o que acontece por causa do sucateamento dos presídios e da superlotação. Segundo especialistas, tais medidas evitariam que réus primários convivessem com criminosos veteranos, diminuindo a entrada de novos membros nas "escolas internas do crime".

É nítido, conforme Lourenço e Almeida (2013) que as gangues se aproveitam das brechas e hiatos das instituições formais do estado para exercer a ordem interna dos presídios, mediar conflitos e gerir os mercados ilícitos nas cadeias e nos centros urbanos:

“o domínio das penitenciárias não apenas ajuda a impedir vácuos de poder e lutas internas, como também resolve problemas de recursos humanos e recrutamento. O controle das facções sobre a vida na prisão promove a socialização dos recrutas, a transmissão de capital social entre os presos mais jovens e os mais velhos, e representa oportunidades de aprendizado para os candidatos a futuros líderes”. (LOURENÇO, 2013)

Da mesma maneira, é sabido que o sistema prisional, onde o ócio ocupa a maior parte do tempo de detenção, de modo algum, contribuirá para a melhoria dos detentos, aqueles que, de fato, poderiam requerer algum procedimento de orientação para prepará-los para o retorno da vida em sociedade. A cadeia acaba sendo, para esses e para aqueles, uma escola do crime, fracassando, portanto, no seu propósito inicial que seria proteger a sociedade dos indivíduos perniciosos e ineficiente no seu propósito final de devolver indivíduos melhorados à sociedade que os segregou.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os grandes índices de criminalidade e as condições dos presídios deixam à mostra a incapacidade do Estado brasileiro na ressocialização do preso, o que causa certo temor à sociedade em contar com o trabalho profissional do egresso do sistema penitenciário. Dizemos que a sociedade ainda se mostra muito preconceituosa, é um pouco injusto, a medida em que qualquer cidadão sabe, tem conhecimento de que o preso não dispõe de condições de se ressocializar por si mesmo, já que o Estado não lhe apoia da forma como deveria ser feita.

Sem dúvida alguma, a ideologia por trás da pena, com o atravessar dos séculos, sofreu uma série de transformações. Inicialmente, criadas com intuito de vingança social, hoje, as penas atuam como fórmulas simultâneas de correção, prevenção e proteção social.

O uso das penas alternativas ainda é incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, não raro limitado a pequenos delitos, aparecendo, aos olhos da população quase que como leniência ou impunidade.

Entende-se que a privação da liberdade é, em alguns casos, necessária para a sociedade, mas, é indispensável que medidas sejam tomadas de maneira a ressocializar o preso, a fim de se alcançar o fim penal. Atualmente, a Lei é inaplicável diante da falta de estrutura governamental, de modo que podemos concluir que o Brasil tem uma lei suficientemente humana, que garante direitos e prevê caminhos que, se fossem seguidos, poderiam reduzir o estado de caos prisional apresentado atualmente, como a superlotação carcerária e condições indignas aos presidiários, além da perda do controle sobre os detentos, que dão ordens e cometem outros ilícitos dentro dos presídios.

É inegável, que as gangues se aproveitam das brechas e hiatos das instituições formais do estado para exercer a ordem interna dos presídios, mediar conflitos e gerir os mercados ilícitos nas cadeias e nos centros urbanos. O controle das facções sobre a vida na prisão promove a socialização dos recrutas, a transmissão de capital social entre os presos mais jovens e os mais velhos, representando oportunidades de aprendizado para os candidatos a futuros líderes.

A falta de políticas públicas e o descaso com as normas já existentes fazem com que a reintegração se faça cada dia mais distante que o ideal, não sendo suficiente a mobilização da sociedade civil e da iniciativa privada no último estágio da política ressocializadora se, no primeiro estágio, o Estado brasileiro não apresentar as ferramentas necessárias para implementação do último.

Assim, mais que investir, é necessário ainda que o Estado brasileiro atue efetivamente não só na construção de mais estabelecimentos prisionais. Para racionalizar a entrada no sistema prisional, seria preciso privilegiar o encarceramento por crimes violentos, em detrimento de delitos menos graves, como furto e pequeno tráfico de droga, que podem ser punidos com penas alternativas à prisão previstas em lei, mas negligenciadas por juízes, visto que diversos estudos sobre os efeitos da prisão sugerem que as penas alternativas ao encarceramento diminuem a taxa de reincidência criminal, além de representarem menores custos para os cofres públicos. Dessa forma, seria possível evitar que muitos criminosos de baixa periculosidade entrassem em contato com facções criminosas nos presídios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 18 de outubro de 2018, às 22h38min.

\_\_\_\_\_. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o **Código Criminal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em 20 de outubro de 2018, às 21h05min.

\_\_\_\_\_. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o **Código do Processo Criminal** de Primeira Instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm). Acesso em 20 de outubro de 2018, às 21h15min.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 21 de outubro de 2018, às 22h35min.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em 27 de outubro de 2018, às 22h35min.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 – parte geral** – 15ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010. BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum Saraiva. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELMANTO, Celso. Et al. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LARA, S. (org.). **Ordenações Filipinas, Livro V**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de história do direito**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Brasil Império do Brasil**. Maringá: EDUEM, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado – 10ª Ed.**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. 2ª edição. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2006.

LOURENÇO, Luiz C.; ALMEIDA, Odilza L. de. "**Quem mantém a ordem, quem cria desordem**": **ganguês prisionais na Bahia**. Tempo Social, v. 25, n. 1, 2013.

ROCHA, Matheus Ribeiro. Racionalidade penal na Constituição e limite ao poder punitivo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4767, 20 jul. 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/50761>. Acesso em 21 de outubro de 2018, às 23h16min.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo – 36º Ed.**, São Paulo: Malheiros, 2013.

XAVIER, Laécio Noronha. **Políticas Públicas de Segurança**. Fortaleza: LCR, 2012.

NOTAS:

[1] Graduando do Curso Superior de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

[2] Especialista em Práticas Educacionais Comunitárias pela Faculdade EST, Brasil. Coordenador do Curso Superior de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.





## APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NAS CAUSAS DE FAMÍLIA

**ALINE KELLY DA SILVA BOSI FELIX:**

Acadêmica do Curso de Direito do Centro  
Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO.

Me. FRANCIELI BORCHARTT DA CRUZ[1]

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo, elaborado mediante análise de livros, artigos, periódicos e legislação aplicada ao assunto, aborda o posicionamento da doutrina brasileira quanto à aplicação da arbitragem nas causas de família. Ademais, serão expostos os conceitos doutrinários de arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, e sua aplicabilidade nas causas de família. Parte-se do pressuposto que arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos é uma ferramenta paralela à atividade jurisdicional e que permite aos jurisdicionados solucionar os conflitos através de mecanismos extrajudiciais sem a necessidade de levar ao Poder Judiciário sua demanda e que as causas de família podem envolver direitos disponíveis ou indisponíveis. A busca pela solução de conflitos familiares que envolvam direitos disponíveis permite que as partes tenham liberdade de optar por mecanismos extrajudiciais, como é o caso da arbitragem para a resolução de conflitos tendo a mesma eficácia da prestação judicial.

**Palavras-Chave:** Arbitragem; Jurisdição arbitral; conflitos familiares.

**ABSTRACT:** This article, elaborated through the analysis of books, articles, journals and legislation applied to the subject, addresses the positioning of Brazilian doctrine in relation to the application of arbitration in family causes. Doctrinal concepts of arbitration will be exposed as an alternative means of conflict resolution, and their applicability in family causes. Arbitration as an alternative means of conflict resolution is assumed to be a tool parallel to judicial activity and allows jurisdictions to resolve conflicts through extrajudicial mechanisms without the need to bring to the judiciary their and that family causes may involve available or unavailable rights. The search for the resolution of family conflicts involving available rights allows the parties to have a liberalidade to opt for out-of-court mechanisms, such as arbitration for conflict resolution and the same effectiveness of the judicial provision.

**Keywords:** Arbitration; Arbitration jurisdiction; family conflicts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Evolução Histórica da Arbitragem e Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro: 2.1 Arbitragem; 2.2 Família. 3. Arbitragem como Meio Alternativo de Resolução de Conflitos: 3.1 Aspectos Gerais da Arbitragem; 3.2

Princípios Norteadores da Arbitragem no Ordenamento Jurídico Pátrio: 3.2.1 Da Imparcialidade; 3.2.2 Do Contraditório e Igualdade entre as partes; 3.3.3 Do Livre Convencimento do Árbitro; 3.3 Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. 4. Arbitragem Aplicada às Causas de Família: 4.1 Do Cabimento da Arbitragem para Solucionar as Causas de Família. Considerações Finais. Referências.

## **1. Introdução**

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, e a efetiva implementação dos meios alternativos de resolução de conflitos, a Arbitragem foi regulamentada pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, e ganhou impulso necessário para sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, a arbitragem, instituto tão antigo quanto a própria sociedade, atualmente é compreendida como o mecanismo alternativo, onde um terceiro imparcial, escolhido pelos conflitantes, realiza a prestação jurisdicional de forma célere, sigilosa, oportunizando o contraditório e respeitando o convencionado pelos envolvidos. E que tem a sua aplicação adstrita a questões patrimoniais disponíveis, vez que integra a jurisdição e não contenciosa.

O direito de Família, fortemente influenciado pelo direito romano e com mudanças significativas ao longo do tempo, apresenta-se constitucionalmente como instituição basilar da sociedade. Dada a sua importância e participação em número de ações perante o poder judiciário, a busca por mecanismos que auxiliem a resolução dos conflitos familiares possui grande relevância, vez que impacta diretamente a estrutura basilar da sociedade.

Por meio do presente artigo busca-se apresentar a relevância da jurisdição arbitral no ordenamento jurídico brasileiro, ante a sua aplicabilidade limitada direitos disponíveis e a possibilidade da utilização de tal instituto para solucionar conflitos familiares, bem como compreender como a doutrina brasileira tem tratado a aplicabilidade da arbitragem nas causas de família. Para tanto, utilizou-se de revisão bibliográfica qualitativa e descritiva, por meio de livros, artigos, periódicos e legislação, com metodologia analítica interpretativa, apontando as decisões sobre o assunto.

Ademais, a presente pesquisa será dividida em três capítulos principais, onde será apresentada a evolução histórica da arbitragem e família no ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos e

suas particularidades, e por fim, a aplicabilidade da arbitragem nas causas de família.

Desta forma, o presente estudo procura contribuir com a sociedade, de modo a esclarecer os principais aspectos da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, baseado na liberalidade das partes de contratar, e sua aplicabilidade para solucionar conflitos familiares, vez que a doutrina, atualmente apresenta entendimentos diversos sobre o tema.

## **2. Evolução Histórica da Arbitragem e Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

### **2.1. Arbitragem**

Historicamente não é possível traçar uma evolução linear para o instituto da arbitragem, vez que se fez presente no desenvolvimento da sociedade desde as civilizações antigas como egípcios, hebreus e babilônios. Diante do que expõe Carmona (2014, p. 1), “dentre as formas heterocompositivas dos conflitos de interesses está a arbitragem, que teria surgido antes mesmo da jurisdição estatal”.

Nesse diapasão é reconhecido juridicamente que:

[...] o sistema arbitral sempre se constituiu numa possibilidade de interesses, percorrendo longos caminhos desde remotos tempos, uma evolução, com forte influência do Direito Romano em que as civilizações buscavam resolver problemas. No desenvolvimento dessa ideia, a presença marcante de um árbitro para compor litígios, uma forma de realidade de justiça provada, que caminhou para uma Justiça formal, estatal. (TORRES apud DUTRA, 2018, p.96).

No período da sociedade feudal, a arbitragem e a mediação eram utilizadas amplamente, tanto interna quanto externamente. Assim, destacou-se o papel da Igreja Católica, por meio de seu representante supremo, o Papa, o qual era considerado árbitro supremo, incumbido de solucionar pacificamente os litígios que surgiam.

Ao passo que o Estado assumia responsabilidade frente aos conflitos sociais a arbitragem manteve sua força e conquistou mais espaço, difundindo a solução de conflitos através de caminhos distintos, exigindo-se assim o reconhecimento de tal instituto pelo poder estatal. A difusão da arbitragem permitiu sua aplicação

inclusive nos contratos internacionais, abrindo escopo para o seu aperfeiçoamento, evolução e estudo. Tal reconhecimento se fez possível, pois a arbitragem:

[...] tinha como grande vantagem não depender da força e autoridade do Estado: as partes envolvidas no litígio dirigiam-se voluntariamente a um terceiro – normalmente um membro da própria comunidade que lhes inspirasse confiança pela idade, experiência, sabedoria e conduta ilibada – para que este desse solução ao conflito, cumprindo as partes *bona fide* o preceito ditado pelo árbitro escolhido. (CARMONA, 2014, p.1, grifo do autor).

Por esse motivo, apesar do cunho de atuação paralela à jurisdição estatal é comum encontrar, em sistemas jurídicos estrangeiros, matérias que devam ser obrigatoriamente submetidas ao juízo arbitral. Carmona (2014, p.1) apresenta como exemplo, o Decreto Lei Português nº 201 de 15 de abril de 1975, o qual determina julgamento arbitral para resolução de questões relativas ao arrendamento rural. Até mesmo no ordenamento jurídico pátrio, já tivemos arbitragem obrigatória, em matéria comercial, abolida pelo Dec. 3.900, de 26.7.1867.

O instituto da arbitragem começou a ser legislado em nosso ordenamento jurídico a partir de 1850, através do regulamento nº 737, o qual abordava a arbitragem submetida à iniciativa privada, tornando-a obrigatória em assuntos comerciais pontuais. Posteriormente, com o advento da Lei nº 1350, de 13 de setembro de 1866, foi revogado o juízo arbitral.

Em agosto 1986, foi aprovada a Lei n. 31, regulamentando a arbitragem voluntária. No mesmo ano também foi aprovado o Decreto Lei n. 425, através do qual o Governo autorizou a criação e funcionamento de centros arbitrais de forma institucionalizada e permanente.

Todavia, a partir da década de 80 começaram a tramitar três anteprojetos de Lei sobre o assunto no Congresso Nacional, ressaltando a apreensão do legislador nacional com as possíveis consequências da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a expressa previsão de tribunais arbitrais no inciso II do artigo 209. O qual asseverava que a submissão a arbitragem será por liberalidade de vontade, sendo função de tal instituição a cooperação com a administração da Justiça no tangente aos direitos desde que patrimoniais disponíveis.

Seguindo a tendência jurídica positivista, ocorreu a elaboração de legislação específica, passando o instituto da arbitragem a ser regulamentado pela lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Esse instrumento normativo proporcionou às partes a resolução de conflitos por meio de um terceiro desinteressado e imparcial, chamado árbitro e despertou novas perspectivas quanto à liberalidade de contratar e a solução de possíveis conflitos.

Dois anos após a criação da lei da arbitragem, no cenário internacional, o Brasil assume perante os Supremos Tribunais de Justiça Ibero-Americanos o compromisso de modernizar a administração da Justiça. Tal comprometimento elevou a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos em nosso ordenamento jurídico.

A Lei de Arbitragem sofreu alterações em 26 de maio de 2015, por meio da Lei nº13.129, a qual ampliou o âmbito da aplicação da arbitragem dispondo sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, bem como a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral.

## 2.2 Família

Historicamente, a família é reconhecida como primeira instituição que surgiu no mundo, formada a partir da organização das primeiras civilizações. Tanto cultural, econômica quanto politicamente a família representava o fortalecimento do Estado em aspecto amplo. Ao longo do tempo houve mudança nessa relevância e a família passou a ter escopo de perpetuação da espécie humana. Desta forma, o casamento culminou na finalidade de procriação apenas.

A evolução do comportamento da sociedade acarreta mudanças no Direito de Família, assim como no Direito Civil como um todo. E durante muito tempo, apenas o casamento era considerado como forma legítima de constituir família. Este entendimento foi pautado em dogmas religiosos, os quais integravam o direito romano e conseqüentemente, chegaram ao ordenamento jurídico pátrio.

A colocação da mulher no mercado de trabalho, que havia sido potencializada pela Revolução Industrial, provocou inúmeras mudanças no âmbito familiar. Assim, a sociedade, que antes era extremamente patriarcal, teve significativas mudanças, em especial quanto à figura da mulher, que migrou de papel secundário, para primordial no seio familiar.

No Brasil, não havia previsão de qualquer proteção ou direitos para união afetiva que não decorresse do casamento. Sebastião de Assis Neto (2017, p. 1623) afirma que “com a evolução da sociedade, especificamente após as décadas de 70 e 80, o conceito de família foi revisto no Brasil, em particular pela Constituição Federal de 1988”.

Somente em 1977, com a Lei nº 6.515, foi legalizada a possibilidade de dissolução do casamento, algo até então considerado impossível, que se deu por intermédio da regularização do divórcio. E a partir disto, muitas famílias, separadas “de fato” puderam regularizar as suas situações.

Nesse diapasão, as novas situações familiares passaram a ser tuteladas legalmente pelo Estado com o advento da Carta Magna em 1988 e em especial a partir de 2002 com a entrada em vigor do Código Civil, regidas pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Através da Carta Magna o legislador constituinte demonstrou preocupação com este instituto, enaltecendo a família e atribuindo o papel de base da sociedade, disciplinando em seu artigo 226 que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 2019).

Neste novo cenário, portanto, a família em seu núcleo não se sujeita apenas ao grau de parentesco, mas prioriza os laços de afetividade. E por meio deste, duas ou mais pessoas se unem com o intuito de colaboração mútua e auxílio, que não se limita apenas ao interesse material, mas se estende ao campo emocional com base no afeto. Ademais, Caio Mário da Silva leciona que:

Desse modo, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas (PEREIRA, 2007, p 21).

Desta forma, houve considerável mudança na função do núcleo familiar que não está limitado a formalidades ou regras morais. Nele, podem coexistir o afeto e a consanguinidade, todavia, não há título de obrigatoriedade para que seja considerada família.

Assis Neto (2017, p.1624-25) afirma que, mesmo diante de tamanhas mudanças e abertura na caracterização da família, devem ser preservadas três características consideradas basilares, são elas: a) a socioafetividade, ou seja, vinculação à afetividade, e não a uma legislação positivada; b) o eudemonismo, qual seja, a sua grande função social da realização pessoal e felicidade dos seus membros; e c) o anaparentalismo, que estende o conceito de família para além dos vínculos técnicos e estabelece que a sua formação está atrelada a união de indivíduos que buscam, por meio da afetividade mútua, a felicidade comum.

Atualmente, fala-se em várias espécies de famílias, reconhecendo-se assim as diferentes formas de núcleos familiares e conceitos, tais quais a família matrimonial, natural, homoafetiva, monoparental, anaparental, pluriparental, de um único indivíduo ou mesmos as famílias plurímas.

Cumprе ressaltar que dentre os princípios aplicados ao direito de família destacam-se a prevalência da Dignidade da Pessoa Humana, da solidariedade familiar, da função social da família, da afetividade, da isonomia conjugal, da dissolubilidade do vínculo, da não intervenção ou liberdade, do livre planejamento familiar, da paternidade responsável, do maior interesse da criança, da igualdade jurídica a todos os filhos, e por fim, o princípio da monogamia.

### **3. Arbitragem como Meio Alternativo de Resolução de Conflitos**

Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004 (EC 45/2004) buscou-se simplificar a sistemática processual existente e ampliar a capacidade de outros mecanismos para a resolução de conflitos. Visto que a eficácia dos institutos jurídicos tradicionais frente ao volume de causas submetidas à apreciação jurisdicional burocratizou a efetividade da prestação estatal no ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, reformas legislativas substanciais, a exemplo da Emenda Constitucional 45 de 2004, corroboraram para a plenitude do acesso à justiça e a celeridade processual como garantias fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Vislumbrou-se com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC 2015), a efetiva implementação dos meios alternativos de resolução de conflitos, chamados atualmente de meios adequados ou diretos de resolução de conflito, em nosso ordenamento jurídico. Os quais visam proporcionar ao jurisdicionado não apenas solução ao conflito, mas também uma prestação adequada para a demanda, além de desabarrotar o sistema judicial.

Considerando a cultura brasileira ser enraizadamente processualista, a mudança positivada pelo CPC 2015 gerou resistência por parte dos profissionais da área. Visão superada aos poucos e na prática visto as diversas vantagens proporcionadas pelos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos como a celeridade na resolução dos litígios e a adesão dos jurisdicionados a tais mecanismos.

Destacam-se dentre os Meios Diretos de Resolução de Conflitos a mediação, conciliação e arbitragem. E nas palavras do professor Rinaldo Mouzolas:

Na conciliação, o terceiro (conciliador) sugere soluções para o litígio, sendo-lhe vedado constranger ou intimidar as partes. Já na mediação, as partes chegam a um acordo por induzimento advindo da intervenção de um terceiro (denominado mediador). Ao contrário do que ocorre na conciliação, não há sugestão de solução para o litígio por parte do mediador. Ele apenas auxilia os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (MOUZOLAS, 2017, p.86).

Posto isto, como conceito temos que a arbitragem, objeto do presente estudo, consiste em um sistema especial de julgamento dotada de preceitos, técnicas e princípios informativos especiais e que possui força executória



reconhecida juridicamente, por meio do qual, duas ou mais pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, envolvidas em um conflito de interesses, escolhem de comum acordo, através de um contrato, um terceiro competente para solucionar o conflito, vinculando os envolvidos à decisão proferida. (BUZAID apud DUTRA, 2018, p.91).

O Instituto de Mediação e Arbitragem (IMA) traz como conceito de arbitragem como sendo “um sistema opcional, paralelo ao Poder Judiciário, de solução de conflitos, que pode ser pactuada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas.” Desta feita, trata-se de um “mecanismo privado e extrajudicial de solução de litígios que, uma vez optado, sua decisão deverá ser cumprida pelas partes, como se judicial fosse”. Como bem apresenta Rinaldo Mouzalas que:

Na arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/1996, a solução do conflito se dá tal qual na jurisdição estatal, pela intervenção de terceiro imparcial. Este, porém, é estranho ao Poder Judiciário. Trata-se da atividade jurisdicional exercida pelo particular, com permissão legal do Estado (art. 3º, §1º do CPC/2015). (MOUZOLAS, 2017, p.86).

Já nas palavras de Pinho (2018, p. 824), a arbitragem consiste na busca de “um mecanismo mais ágil e adequado para a solução de conflitos, numa fuga ao formalismo exagerado do processo tradicional e no fato de que o árbitro pode ser uma pessoa especialista na área do litígio apresentado”.

A arbitragem é, portanto, um meio para solução de conflitos escolhido por liberalidade das partes, onde o terceiro (árbitro) responsável pela resolução da controvérsia não possui função jurisdicional, mas autonomia para impor uma decisão por meio de um laudo ou sentença arbitral. Nesse sentido, o professor Carlos Alberto doutrina que:

[...] a competência do árbitro advém de ato das partes interessadas, que no compromisso arbitral não só nomeiam o terceiro de sua confiança que dirimirá o conflito de interesses como também fixam a matéria a respeito da qual incidirá a atividade do julgador. (CARMONA, 2014, p.2).

### 3.1 Aspectos Gerais da Arbitragem

A arbitragem possui características distintas dos outros meios consensuais de resolução de conflitos, dentre elas destacam-se a liberalidade das partes em aderir ou não a este método, assim como na escolha do árbitro; a celeridade,

confidencialidade e economia processual; reconhecimento da sentença como título executivo judicial; e por fim, a limitação de aplicação apenas aos direitos patrimoniais disponíveis.

Quanto à liberalidade, esta não se limita a escolha dos julgadores, mas estende-se aos fundamentos jurídicos balizadores da decisão que será proferida pelo árbitro. Cumpre salientar que as partes poderão optar pela aplicação de lei estrangeira, respeitando-se os bons costumes, a ordem pública e os preceitos internacionais do comércio.

A Lei de Arbitragem está calçada na autonomia da vontade das partes e limitada pela legalidade. Neste sentido Carmona assevera que:

O legislador apostou na liberdade dos contratantes, que podem escolher a lei que querem ver aplicada à solução do litígio bem como podem acolher o procedimento que julgarem mais adequado à sua disputa. [...] Isto não quer dizer que o processo arbitral seja descontrolado ou arbitrário (e o art. 21, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem mostra que existem princípios que não podem ser desrespeitados). Mas é preciso entender que o árbitro, tendo obrigação de fornecer às partes um excelente trabalho, no que diz respeito à solução do litígio que lhe for submetido para decisão, deve ter necessariamente a possibilidade de flexibilizar até mesmo as normas regulamentares escolhidas pelas partes, de tal sorte que o processo e seus cânones não destruam as grandes vantagens clássicas da arbitragem, entre elas a celeridade! (CARMONA, 2010, p. 15).

Outra característica relevante da arbitragem é a flexibilidade do procedimento arbitral. Visto que as partes podem eleger as regras procedimentais para reger o tal procedimento, a escolha se dará de comum acordo entre os envolvidos e pode se limitar a uma norma específica de determinado ordenamento jurídico, ser pautada em princípios gerais do direito, decisões reiteradas de arbitragem, usos e costumes, sejam eles nacionais ou internacionais.

A arbitragem também respeita a confidencialidade e nela está presente a reserva da publicidade dos atos. Desta forma, ao optar pela arbitragem para dirimir um conflito, as partes interessadas visam um mecanismo mais discreto para a defesa dos seus interesses, visto que no judiciário, em regra, prevalece o princípio da publicidade. Neste sentido, afirma Carlos Alberto Carmona que a publicidade inibe a busca pelo judiciário, em determinados conflitos, vez que confere a revelação a

terceiros de acontecimentos ou documentação confidencia. (CARMONA, 1993, p. 72).

No que tange a instituição do procedimento arbitral, o art. 21, *caput*, da Lei de Arbitragem afirma que:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. (BRASIL, 2019).

É possível extrair do aludido artigo que a instituição da arbitragem poderá se dar de três maneiras: A primeira, por meio de convenção entre as partes, em respeito ao princípio da autonomia da vontade; a segunda, por meio de regras pré-estabelecidas por instituições; e por último, através da discricionariedade do responsável pelo julgamento, seja o próprio árbitro, seja uma câmara ou tribunal arbitral. Portanto, considera-se a arbitragem efetivamente instituída no momento da aceitação da nomeação pelo árbitro, ou no caso de um tribunal arbitral, da aceitação por todos os julgadores, em decorrência da vontade dos envolvidos no conflito.

Dutra assevera que a atividade jurisdicional decorrente da obrigação gerada na relação jurídico processual se dá por meio da sentença arbitral, visto a pretensão das partes pela tutela jurídica. Neste sentido, Maristela Dutra aduz que:

Assim como no processo civil, na arbitragem, a sentença visa proporcionar a solução do conflito. No caso de conciliação, a qualquer tempo, o árbitro deverá proferir, a pedido das partes, sentença que declare o acordo entre elas. A sentença homologatória do acordo deverá conter os mesmos requisitos do art. 26 da Lei de arbitragem. (DUTRA, 2018, p. 101)

Desta sorte, auferem-se do art. 26 da Lei de Arbitragem que obrigatoriamente a sentença arbitral deve conter os seguintes requisitos: 1) relatório, com os nomes das partes e um resumo do litígio; 2) os fundamentos da decisão, através dos quais serão analisadas as questões de fato e de direito, com menção expressa da existência ou não de equidade; 3) dispositivo, onde os árbitros apresentarão solução para as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão

o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e 4) data e lugar em que foi proferida.

Quanto à recorribilidade da sentença arbitral, o art. 18 da Lei de arbitragem afirma que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Este dispositivo pressupõe que por meio da liberalidade as partes buscam profissional com habilidades específicas para a área do conflito e por esse motivo, a princípio não há óbice para que uma das partes um “duplo grau de jurisdição”.

Infere-se dos arts. 29 e 30 da Lei de Arbitragem, que esta se encerra quando for proferida a sentença arbitral, cumprindo ao árbitro ou o presidente do tribunal arbitral, informar às partes, por meio de cópia da decisão, enviada por qualquer meio de comunicação com comprovação de recebimento, ou mesmo entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Quando não houver acordo quanto ao prazo, as partes interessadas terão cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da data da ciência pessoal da sentença e mediante comunicação à outra parte para solicitar ao prolator da sentença que corrija qualquer erro material da sentença arbitral; esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

E em seu parágrafo único, o art. 30 assevera que: “O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29”.

É importante ressaltar que o Código de Processo Civil vigente prioriza pela harmonização entre as jurisdições estatal e arbitral. De modo que não cabe aos magistrados rediscutir ou adentrar ao mérito de decisões arbitrais, pois tal decisão faz coisa julgada, sendo desconstituída somente caso apresente algum dos vícios do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Dinamarco (2013, p. 32) afirma que, em conjunto, a arbitragem relativiza em qualquer grau a agressividade ou beligerância que as partes adotem durante o procedimento arbitral, visto que a manifestação de vontade na adesão de tal procedimento automaticamente as vincula ao dever de boa-fé, lealdade e compromisso recíproco. Desta forma, sendo amenizados os conflitos internos, há uma grande probabilidade de satisfação das partes com a decisão proferida, mitigando as chances de que alguma delas tenha a intenção de recorrer de tal decisão.

De outra sorte, o art. 32 da Lei de Arbitragem apresenta as possibilidades de nulidade da sentença arbitral, que poderá ser declarada quando: for nula a convenção de arbitragem; emanar de quem não podia ser árbitro; não contiver os requisitos do art. 26 da referida Lei; for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; for proferida fora do prazo, em exceção ao disposto no art. 12, inciso III da Lei; e forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Nesse diapasão, a parte interessada deverá pleitear a nulidade da sentença arbitral perante o Poder Judiciário competente, que deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral, como bem assevera o art. 33, da Lei de Arbitragem. Restando configurada a nulidade, o magistrado poderá adotar duas posturas:

a) a simples decretação da nulidade da sentença nas hipóteses em que ela for proveniente de um compromisso arbitral nulo, for proferida por quem não pode ser árbitro, tiver, comprovadamente, sido proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, tiver sido proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, da Lei de Arbitragem; ou b) diante da verificação das demais hipóteses previstas no art. 32 a determinação para que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo. (DUTRA, 2018, p. 103).

Cabe ao Judiciário a cooperação para a prática de atos estabelecidos na decisão arbitral. Além disso, “embora caiba ao árbitro dirimir, de forma definitiva, o conflito, foge à sua competência tomar qualquer providência coercitiva, sendo esta reservada ao Poder Judiciário” (MOUZALAS, 2017, p.87).

Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça que o árbitro:

[...]é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de impérium. (STJ. REsp 1297974/RJ. DJe 19.06.12).

Destarte, a sentença arbitral, independe de homologação judicial e é considerada para todos os efeitos como Título Executivo Judicial, com prazo

noventa dias, após recebimento da intimação da decisão, para ajuizamento perante o judiciário de ação desconstitutiva (MOUZALAS, 2017, p.89).

Desta forma, quando um litígio onde já tenha sido proferida decisão arbitral é levado ao judiciário, caberá à parte contrária alegar existência de cláusula arbitral. E caso não o faça, na primeira oportunidade de manifestação nos autos ocorrerá preclusão do direito e adesão tácita à jurisdição estatal.

### 3.2 Princípios Norteadores da Arbitragem no Ordenamento Jurídico Pátrio

Depreende-se da Lei de Arbitragem em seu art. 21, §2º que este método de resolução de conflitos respeita os princípios gerais do direito, destacando-se dentre eles: o contraditório, a igualdade entre as partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento.

A hermenêutica clássica interpreta os princípios como sendo enunciados gerais, ou seja, diretrizes, cuja finalidade é direcionar os operadores do Direito. Neste sentido, Miguel Reale (1991, p. 300) entende princípios como sendo “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Em outras palavras, o renomado doutrinador, Celso Antonio Bandeira de Mello define que:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2009, p. 882-83).

Desta forma, princípios são o alicerce, a base de um ordenamento jurídico, de modo a estruturar o sistema normativo como um todo, assegurando unidade e harmonização para o sistema no qual estão inseridos, exprimindo valores e conduzindo a atividade do intérprete normativo.

Selma Ferreira Lemes defende que os princípios no que tange ao procedimento arbitral, deve garantir a tutela jurídica efetiva para ser válido e eficaz. E que:

No âmbito dos ordenamentos nacionais esses princípios estão presentes, geralmente, nos Textos Fundamentais. No Concerto das Nações a matéria está prevista em Convenções

Internacionais, Declarações e Pactos emanados de Organizações Internacionais que ressaltam os direitos à tutela jurídica e do devido processo legal. Como corolário dos princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral: (i) da imparcialidade do árbitro, (ii) do contraditório e igualdade das partes e (iii) o da livre convicção do árbitro. (LEMES, 1992, p.3)

Assim, tais princípios fazem parte do sistema legal com um todo, e não sendo exclusivos do procedimento arbitral, estão calçados à norma constitucional e integrando o ordenamento jurídico pátrio.

### **3.2.1 Da Imparcialidade**

No que tange a aplicabilidade do princípio da imparcialidade no procedimento arbitral, Rinaldo Mouzolas (2017, p.91) assevera que aquele decorre da imparcialidade da jurisdição estatal, bem como que:

[...] devendo o órgão respectivo prestar a tutela jurisdicional sem empregar interesse particular para o deslinde da causa. Trata-se de garantia constitucional decorrente do juiz natural. Como forma de assegurar a imparcialidade, o CPC/2015, em seus artigos 144 a 148, disciplina o impedimento e a suspeição dos magistrados, membros do Ministério Público e auxiliares da justiça, bem como a sua forma de alegação no processo. (MOUZOLAS, 2017, p.91).

Desta forma, o princípio da imparcialidade é um dos requisitos legais exigidos para que o árbitro dirija o processo arbitral, desta forma, este princípio faz parte dos pressupostos de validade do procedimento. Por meio deste princípio exalta-se a igualdade entre os envolvidos no conflito, isentando o julgamento de interesses pessoais e limitando-o aos autos.

E devido a este caráter jurisdicional da tutela prestada pelo árbitro, estes também estão subordinados as causas de impedimento e suspeição, tal qual os juízes togados. Considerando a relevância deste princípio, a Lei de Arbitragem disciplinou em seu artigo 14 e parágrafo primeiro a necessidade de manifestação por parte do árbitro, antes mesmo de aceitar indicação para atuar na causa, quanto a existência de fato que possa macular justificadamente a sua imparcialidade e independência, tal qual segue conforme a Lei de Arbitragem:

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. (BRASIL, 2019).

Cumprе ressaltar que a imparcialidade difere da matéria de ordem pública e não integrando o princípio do devido processo legal. Desta forma, a violação a imparcialidade do árbitro fere também os princípios do contraditório e da igualdade. Visto que estes são princípios abrangentes e contêm a imparcialidade.

### **3.2.2 Do Contraditório e Igualdade entre as Partes**

O princípio do contraditório é equivalente ao princípio da igualdade entre as partes, sendo ambos corolário da máxima constitucional do devido processo legal. Tem previsão no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, e determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por meio dos referidos princípios é assegurado aos envolvidos o direito à produção de provas, razões e ações que serão apresentadas em defesa dos seus direitos, o que se estende por todo o procedimento arbitral para formular o convencimento do árbitro.

Desta forma, o contraditório e igualdade entre as partes asseguram a paridade de tratamento entre os litigantes, oportunizando as partes o direito de manifestação a cerca das provas ou fatos apresentados pela parte contrária.

### **3.3.3 Do livre Convencimento do Árbitro**

O princípio do livre convencimento do árbitro atribui ao julgador competência e capacidade para apreciar e valorar os fatos e provas que lhe são expostos pela voluntariedade das partes, para que chegue, através de análise crítica livre, a solução mais plausível e justa para o conflito suscitado, fundamentando e motivando a sua decisão.

Para tanto, o árbitro desfruta da independência funcional, e possui liberalidade para direcionar o procedimento arbitral da melhor forma que entender



desde que respeite o requisito obrigatório, para a prolação a sentença arbitral, da motivação. Por causa da exigência legal da motivação depreende-se que o livre convencimento se distinto da arbitrariedade, sendo assim, não pode o árbitro se desfazer de quaisquer dos elementos apresentados como provas, fatos ou argumentos apresentados pelos envolvidos.

Acerca da imparcialidade, Francisco José Cahali ressalta que:

"Especificamente com relação à imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento, por ser a confiança no julgador o alicerce do juízo arbitral, a falta destes atributos pode levar ao seu impedimento na arbitragem (arts. 13, 14 e 15 da Lei 9.307/1996), que, se mesmo assim com ele se desenvolver, conduz a sentença a vício específico: proferida por "quem não poderia ser árbitro" (art. 32, II, da Lei 9.307/1996); ou seja, com base em dois dispositivos, pode ser buscada a invalidação da decisão proferida sem isenção." (CAHALI, 2012, p. 96).

Todavia, caso o árbitro não tenha formado totalmente o seu convencimento para proferir decisão, poderá determinar a produção das provas que entender plausíveis para apurar a veracidade dos fatos. E em caso de impossibilidade da produção de provas, o árbitro poderá pautar seu julgamento na equidade, sendo imprescindível constar na sentença arbitral, expressamente, a ocorrência desta modalidade, nos termos do artigo 26, inciso II da Lei de Arbitragem, o qual dispõe que: "os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade".

### 3.3 Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) estabelece que a convenção arbitral é o meio pela qual as partes interessadas optam por submeter conflitos que possam ocorrer durante ou posterior a relação à juízo arbitral. Tal decisão será estabelecida por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Carmona (2010, p. 73) afirma que a convenção de arbitragem obedece a dois aspectos, sendo considerada como um acordo de vontade entre as partes, vinculando possíveis conflitos ao juízo arbitral, assim como pode ser considerada um pacto processual, que derroga a jurisdição estatal e submete os envolvidos à decisão do árbitro.

Em seu art. 4º a Lei de Arbitragem assevera que: "A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a

submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". Desta forma, a convenção de arbitragem é estabelecida antes do surgimento de qualquer conflito, através da cláusula contratual, denominada "Cláusula Compromissória", por meio da qual as partes contratantes elegem o mecanismo arbitral para dirimir eventuais controvérsias resultantes daquele contrato.

Destarte, é fundamental para que seja instaurado o procedimento arbitral a existência de prévia convenção entre os envolvidos, estabelecendo a arbitragem como forma de dirimir possíveis conflitos. Neste sentido, Rinaldo Mouzalas que a arbitragem será instituída pelas próprias partes por meio da convenção de arbitragem, a qual pode se dar por meio da cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

A cerca das principais distinções, Mouzolas doutrina que:

A cláusula compromissória é firmada previamente ao litígio. As partes, em um negócio jurídico, estabelecem que, em surgindo divergências relativas ao próprio negócio, elas serão resolvidas pela arbitragem. O compromisso arbitral, por sua vez, é firmado, pelas partes após o surgimento da controvérsia. Trata-se de um negócio jurídico em que, em uma controvérsia específica, renuncia-se à atividade jurisdicional oferecida pelo Estado, substituindo-a pela arbitragem. O árbitro será capaz e de confiança das partes. (MOUZALAS, 2017, p. 87).

A Cláusula Compromissória pode ser aberta ou fechada, sendo aquela onde as partes apenas estabelecem que em caso de existência de conflitos estes serão dirimidos por meio de arbitragem, e esta, onde as partes estabelecem os pormenores, definindo as regras que serão adotadas para a resolução do conflito, estabelecendo inclusive a câmara ou árbitro.

De outra sorte, o compromisso arbitral é definido pelo art. 9º da Lei de Arbitragem, o qual assevera que: "O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial." Desta forma, o compromisso arbitral é estabelecido após a ocorrência de um litígio, tendo como pressuposto um conflito determinado, e por meio do qual as partes conflitantes manifestam o interesse pela solução através da via arbitral.

Cumprе ressaltar que os parágrafos do art. 9º da Lei de Arbitragem estabelecem a celebração do compromisso arbitral por duas maneiras. Quando houver demanda em curso, via judicial, se dará por termo nos autos, perante o juízo ou Tribunal onde esteja sendo processada a demanda, e a segunda quando se tratar de compromisso extrajudicial, o compromisso arbitral se dará por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

#### **4. Arbitragem Aplicada às Causas de Família**

Ao contrário dos outros métodos, a arbitragem possui objeto restrito: causas que envolvam, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis. A restrição do objeto está prevista no art.1º da Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem.

Ocorre que o direito de família como bem se sabe é multidisciplinar. Japiassu, (apud, DUTRA, 2017, p. 124) afirma que “as causas de família requerem sensibilidade e conhecimentos específicos para ajuda às famílias, evidenciando um caráter interdisciplinar, multifreferencial, que importará a participação de outros setores do conhecimento para diminuir o conflito de forma mais efetiva e eficaz”.

Ademais, a abordagem interdisciplinar aplicada aos conflitos familiares, em especial, com a participação de profissionais da área jurídica e as ciências da mente permitem que um terceiro imparcial contribua com a solução efetiva do litígio. E por meio desta abordagem, busca-se facilitar o procedimento, mantendo nas relações familiares sua natureza jurídica.

Neste diapasão, a arbitragem se revela como uma solução tangível e executável também para os conflitos familiares, visto que permite as partes alcançar os seus reais interesses e proporciona assim a satisfação efetiva com o resultado alcançado. Visto que a convenção de arbitragem está pautada na liberalidade das partes de contratar, com base no princípio da autonomia privada das partes.

##### **4.1 Do cabimento da arbitragem para solucionar as causas de Família**

A Lei de Arbitragem determina que a aplicação da jurisdição arbitral esteja adstrita a resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. No mesmo sentido, o Código Civil vigente assegura a possibilidade de compromisso para solucionar litígios atinentes a questões familiares, de estado ou que não detenham natureza estritamente patrimonial.

A jurisprudência majoritária não aceita a aplicação da arbitragem, sendo o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Em conformidade com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/96, a arbitragem pode ser utilizada exclusivamente para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de forma que resta afastada, regra geral, sua aplicação sem relação às lides envolvendo Direito de Família. (TJ/SC, Apelação Cível AC 2015.068323-3, Balneário Camboriú, quinta Câmara de Direito Cível, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 21/03/2016, DJSC 8/4/2016, p.233).

No cenário nacional e internacional, a arbitragem é vista como um excelente mecanismo para solucionar conflitos, em especial os de natureza comercial, e apresenta resultados satisfatórios, vez que preserva o interesse dos envolvidos. Visto a efetividade dos resultados alcançados, a doutrina vem apresentando entendimentos favoráveis à aplicação do instituto da arbitragem em outras áreas de conflitos, como é o caso do Direito de Família.

Atualmente, há legislação que permite a realização via extrajudicial do divórcio, dissolução de união estável e partilha de bens, desde que não esteja envolvido interesse de incapaz. E, ao passo que o Direito de Família evolui em nosso ordenamento jurídico, abre espaço para uma interpretação finalística. E desta forma, a limitação da arbitragem a questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, torna-se ultrapassada, devendo se adequar a nova realidade do direito de família brasileiro.

Em respeito aos requisitos legais de arbitrabilidade, subjetivos e objetivos, quais sejam a capacidade para ser parte e a matéria a ser discutida, Carlos Ferreira de Almeida afirma que:

[...] a exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque em todos esses institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral. (ALMEIDA, 2007, p. 86).

Entende Carmona (2006, p.56), que no direito de família não há disponibilidade quanto à determinação parentesco, mas esta prevalece quanto aos reflexos relativos à esfera patrimonial, em busca da forma mais adequada para o cumprimento das prestações.

José Cahali (2017, p. 139), leciona que atualmente “busca-se espaço para a arbitragem social, ou democrática, não mais voltada a conflitos internacionais ou

envolvendo grades demandas, mas beneficiando um número muito maior de interessados”.

No mesmo sentido, Edoardo Flavio Ricci (2004, p. 131), ensina que a utilização da jurisdição arbitral no que tange ao direito de família deve ser analisada sob duas perspectivas distintas: a) preservar a liberdade de escolha pela jurisdição mais adequada ao caso concreto, sendo de natureza processual; e b) o direito de dispor do objeto da lide, natureza material.

Nesse diapasão, Ricci ensina que:

[...] vez que interessa à estrutura do Estado, a liberdade de escolher o juiz privado encerra relevância constitucional. Já a disponibilidade de relações jurídicas materiais somente tem relevância constitucional excepcionalmente, nos casos em que são disciplinados direitos fundamentais. No âmbito do direito constitucional, a liberdade de escolher o juiz privado deve ser considerada em si mesma como especificações do princípio de liberdade. (Ricci, 2004, p.131).

Desta forma, a aplicação da arbitragem nas causas de família torna-se vantajosa quando comparada a demanda judiciária, vez que traduz-se em um método célere, sigiloso e econômico. Sendo mais uma possibilidade de solução de conflitos, fomentada por meio do Código de Processo Civil de 2015 e que permite aos envolvidos a possibilidade de alcançar a solução mais adequada ao caso através dos meios alternativos de resolução de conflitos.

### **Considerações finais**

Diante da pesquisa realizada pode-se concluir que a doutrina diverge a cerca da aplicabilidade da arbitragem nos conflitos familiares. Os tribunais brasileiros seguem entendimento desfavorável, ao passo que alguns doutrinadores modernos entendem ser possível a utilização da arbitragem neste tipo de conflitos, inclusive quando se tratar de direitos indisponíveis.

A arbitragem, instituto tão antigo quanto a própria sociedade, em nosso ordenamento jurídico é regulada pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, a qual estabelece os requisitos necessários para a sua aplicação. Tem como pilar os princípios do contraditório, a igualdade entre as partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento.

Deve ser contratada por meio de convenção de arbitral, a qual se dá tanto por meio de cláusula compromissória, quanto por compromisso arbitral, pautada na liberalidade de contratar das partes. E a sentença arbitral, independe de homologação judicial, e constitui Título Executivo Judicial.

Ao passo que o direito de família evoluiu ao longo dos anos, a família, que é a instituição mais antiga do mundo ganhou teve seu status de base da sociedade foi positivado constitucionalmente.

As várias espécies de família em face de sua função social resguardam a prevalência da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros princípios. Neste sentido, em proteção aos anseios das pessoas integrantes dessa entidade fundamental e de sua autonomia, o Estado busca por meio da conciliação e mediação a solução mais adequada ao caso concreto.

Ocorre que a arbitragem, como via extrajudicial de resolução de conflitos torna-se um mecanismo viável na solução dos conflitos de família, visto que, como alternativa, pode oferecer aos envolvidos a liberalidade de construir o cenário para a resolução do seu conflito de forma adequada as particularidades das suas necessidades.

Assim, a problemática e as hipóteses, tal qual o objetivo da pesquisa foram respondidos visto que, apesar dos entendimentos diversos sobre o tema, a lei da Arbitragem foi clara no momento em que apresentou em seu artigo 1º que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Desta forma, em respeito aos princípios constitucionais aplicados aos meios extrajudiciais de conflitos, tal qual a autonomia das partes de contratar e optar pela forma mais adequada para a resolução do litígio que venham a enfrentar, depreende-se que a legislação infraconstitucional buscou limitar à aplicabilidade da arbitragem apenas as causas de direito material disponível.

Neste sentido, a arbitragem mantém a busca pela finalidade da prestação jurisdicional, seja ela estatal ou não, que é a resolução do conflito apresentado. E apesar da jurisdição arbitral como instrumento de resolução de litígios ser mais onerosa às partes, proporciona aos envolvidos uma resolução mais célere do que a oferecida pelo poder judiciário, vez que resguarda os princípios da celeridade e efetividade na tutela a ser prestada.

Por fim, a pesquisa trouxe à visão de que o posicionamento da doutrina quanto à aplicabilidade da arbitragem nas causas de família, assim como o próprio direito de família, vem passando por mudanças gradativas. E apesar do

protecionismo estatal quanto aos direitos dos indivíduos, sejam eles disponíveis ou indisponíveis, os meios alternativos de resolução de conflitos vêm ganhando espaço no ordenamento jurídico atual e através de tais mudanças os tutelados passam a gozar da efetiva liberalidade concedida pelo Estado Democrático de Direito.

## Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos**. I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2007.

ASSIS NETO, Sebastião de. **Manual de Direito Civil**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Lei da Arbitragem**. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm). Acesso: 31 ago. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod\\_resource/content/0/CARMONA%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em 16 set. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Entidade Familiar**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-jan-10/tirar\\_guarda\\_mae\\_transexual\\_homofobia\\_escancarada](http://www.conjur.com.br/2008-jan-10/tirar_guarda_mae_transexual_homofobia_escancarada). Acesso em 30 out. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUTRA, Maristela Aparecida. **Arbitragem para solução de conflitos no Direito de Família**. 2018. 243 fls. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2018.

INSTITUTO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (IMA). **Conceito de Arbitragem**. Disponível em: <http://www.imapr.com.br/conceito-de-arbitragem>. Acesso em 05 out. 2019.

LEI DA ARBITRAGEM COMENTADA. Disponível em: <http://www.direitocom.com/lei-de-arbitragem-comentada>. Acesso: 31 ago. 2019.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais**. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri20.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf). Acesso em 30 out. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOUZALAS, Rinaldo. et al. **Processo Civil volume único**. 9ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. et al. **Código de Processo Civil anotado**. Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Paraná, 2018.

REALE, Miguel. **Lições**. Pre<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familia%20liminares> de Direito. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de Reflexão. Questões Polêmicas**. Mariulza Franco (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[1] Professora Orientadora do Artigo. Graduada pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, Santa Maria/RS (2010); Pós graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA, Santa Rosa/RS (2012); Mestre em Direito e Multiculturalismo pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai da Região das Missões – URI, Santo Angelo /RS (2017).



## **A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES**

**DOUGLAS RAFAEL CRISPIM ALVARES:**

Graduado em Direito pela Faculdade Escritor Osman Lins - FACOL, em maio de 2008. Pós-Graduado em Direito Público. Advogado. Professor de Direito Constitucional em preparatórios para OAB e Concursos Públicos. Atuou como Professor de Processo Penal na Academia de Polícia Civil de Pernambuco e, atualmente, Servidor Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

**RESUMO:** As relações entre os particulares, por longos anos, pairavam sobre o império exclusivo da autonomia da vontade. A dicotomia de direito público e privado existia com uma grande intensidade que se buscava impedir a aplicação de preceitos públicos nas tratativas de negócios jurídicos. A boa-fé objetiva relativizou essa concepção que já não tem mais espaço no campo do direito contemporâneo. Atualmente o Direito busca integrar as relações privadas ao direito fundamental, que, como a própria nomenclatura declara, é fundamental às pessoas, sem, entretanto, extinguir o império da vontade e a liberdade de contratar. É nesse contexto que surge a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

**Palavras-Chaves:** Direitos Fundamentais; Eficácia Horizontal; Relações entre os Particulares.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Força Vinculante da Constituição Federal 3. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e o STF. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

Nenhum operador do Direito tem dúvida sobre a necessidade de se observar o elemento vontade e liberdade para fundamentar os negócios jurídicos e as atividades empresariais.

Na verdade, a liberdade de contratar está estampada pelo direito civil como condição necessária para um negócio jurídico válido. Porém, a norma civilista impõe limites aos particulares, tanto é assim que o próprio Código Civil declara no artigo 113 que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

A leitura da boa-fé, esta que deve ser observada desde a tratativa, até a execução do contrato, tem que ser feita à luz dos direitos fundamentais. A boa-fé legitima o negócio jurídico impedindo que o contrato venha lesar direito constitucionalmente assegurado a cada contratante.

É de ressaltar que o artigo 187 do Código Civil deixa evidente que a inobservância ou o excesso do exercício do direito por qualquer pessoa em suas relações, comete ato ilícito.

Aplicar o direito fundamental nas relações empresariais, condominiais, nada mais é do que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Chama-se de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a possibilidade de aplicar as normas constitucionais protetoras entre os particulares.

Horizontal se deve ao fato de inexistir relação superior entre os particulares. Assim, estando todos na mesma igualdade há, ainda assim, necessidade de aplicar os direitos fundamentais, para se manter o equilíbrio da relação, evitando o ilícito pelo exercício abusivo do direito.

O foco principal é reconhecer a necessidade de se garantir o contraditório e ampla defesa nas relações entre os particulares. Sabendo que essa necessidade já está positivada na Lei Civil, a exemplo do artigo que diz “a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

É dessas e outras disposições que veremos a posição do Supremo Tribunal Federal – STF em não só reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como também em aplica-la nos casos concretos, dando densidade normativa dos direitos constitucionais nos contratos civis.

## **2. FORÇA VINCULANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Como é cediço a Constituição é fruto da manifestação do chamado poder constituinte originário. Por meio desse poder surge a obra prima jurídica que rege toda nação não só no panorama externo, como também, nas relações internas.

Partindo da premissa da força vinculante interna da Constituição Federal percebemos que sua irradiação alcança não só os Poderes da República (art. 2º, CRFB/88), definindo os fundamentos (art. 1º, CFRB/88), objetivos fundamentais (art. 3º, CRFB/88), forma de Estado, de Governo (art. 1º, CRFB/88), regime de Governo (§ único, art. 1º, CRFB/88) e sistema de Governo (art. 84, CRFB/88), mas também, as relações entre os particulares (art. 5º, CRFB/88).

A aplicação da Constituição nas relações entre os particulares é nada mais que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Bem verdade que ao constitucionalizar as relações privadas estamos relativizando o princípio da autonomia da vontade, essência do direito civil, ou melhor, do direito privado.

Porém, ainda que se relativize a autonomia da vontade dos particulares, a observância das normas constitucionais no dia a dia é inafastável para condensar um Estado Democrático de Direito preconizado no caput do art. 1º, CRFB/88. Transcrevo:

*“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 (...)”*

Não faz sentido algum ao lermos o preâmbulo de nossa Carta Cidadã de 1988 chegarmos a uma conclusão diferente, da que é um dever aplicar direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Diz o preâmbulo constitucional que:

*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.*

Ora, promulgar a Carta Popular destinando-se “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, e ao mesmo tempo negar eficácia dos direitos fundamentais constitucionais entre os administrados, entre os cidadãos, se esvai a intenção do constituinte, e não só esvazia o conteúdo constitucional como abre liberdade para práticas abusivas nas relações humanas nas suas diversas áreas: comerciais, trabalhistas, patrimoniais e etc.

Não se pode ingenuamente imaginar que preceitos constitucionais de inviolabilidades como por exemplo, do domicílio (art. 5º, XI da CRFB/88), da crença

(art. 5º, VIII da CRFB/88), vida privada (art. 5º, X da CRFB/88), são comandos protetores apenas em face da atuação estatal, dando-lhes limites, impondo-lhes atos de abstenção.

Tais direitos acima exemplificados alargam os direitos individuais, na medida que garantem maior liberdade ao indivíduo dando-lhes segurança jurídica (art. 5º, caput da CRFB/88), de que o por mais poder que tenha o Estado, este, há de ser limitado pelos direitos constitucionais invioláveis.

Nessa esteira que classificamos tais inviolabilidades constitucionais como direitos de primeira geração ou dimensão, conhecidos também como direitos negativos devido a tese de abstenção. Enfim, tais inviolabilidades englobam os chamados direitos civis, mínimos à pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88).

Em outras palavras, as inviolabilidades constitucionais traçam liberdades fundamentais, pois na medida que impõem a obrigação de “não fazer”, ato de abstenção, o particular tem maior liberdade na sua própria intimidade, honra e liberdade.

### **3. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O STF**

Não se pode enganosamente imaginar que os limites protetores constitucionais são normas dirigidas apenas ao Estado. Jamais. Os direitos fundamentais, pela própria essência de seu surgimento – proteção – impõem limites tanto ao Estado como ao particular.

Assim, ao ditar a Constituição Federal que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”, o conceito de inviolabilidade e ninguém alcança norma de proibição ao Poder Público e ao particular. Pensamento idêntico deve ser feito na leitura do inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, ambos do art. 5º da CRFB/88.

Essa força compulsória da Constituição entre os particulares se transmuda para teoria, doutrina, jurisprudência e legislação.

Quanto à legislação, temos que o ordenamento infraconstitucional sedimenta a tesa da eficácia constitucional nas relações privadas autônomas, quando considera ilícito o abuso de direito, conforme leitura tranquila do artigo 187 do Código Civil:

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

No art. 1.228, § 2º do Código Civil quando diz que “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”, encontramos mais uma aplicação da força compulsória da Constituição nas relações entre os particulares dada a limitação que tal preceito legal impõe no direito de propriedade, impedindo a utilização da mesma de forma abusiva, prejudicial.

Vejamos que tal previsão materializa, consubstancia nada mais que o princípio da função social da propriedade prevista no art. 5º, inciso XXIII da CRFB/88: “A propriedade atenderá a sua função social”.

No que cerne à aplicação do tema pelo Poder Judiciário, temos o Supremo Tribunal Federal - STF.

O Corte Suprema se manifestou expressamente sobre a irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, precisamente, entre os condôminos.

O caso decorreu da necessidade de interpretar o art. 1.337 e § único do Código Civil à luz da Constituição Federal. Prediz o referido artigo e parágrafo que:

*Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.*

*Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.*

A grande indagação que se fez no caso concreto que gerou posicionamento do STF foi se há necessidade ou não de garantir o contraditório e à ampla defesa na aplicação de multa ao condômino que tem comportamento antissocial.

Deveras, a sanção prevista para o comportamento antissocial reiterado de condômino não pode ser aplicada sem que antes lhe seja conferido o direito de

defesa. É justamente o que chamamos de "eficácia horizontal dos direitos fundamentais".

O STF afirmou que "o espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais." (STF. 2ª Turma. RE 201819, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005).

Não há dúvida que aplicar penalidade ao condômino antissocial, sem que lhe seja garantida ampla defesa, contraditório ou devido processo legal fere de morte não só o direito fundamental constitucional, como aniquila a possibilidade de o punido demonstrar que seu comportamento não era antijurídico nem afetou ao direito de vizinhança com os demais condôminos.

O STF também conferiu vida ao tema quando aplicou a necessidade do contraditório e à ampla defesa na exclusão de sócio da sociedade civil. Vejamos nas palavras do Supremo:

*EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de*

*proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.*

**III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.** *As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).*

**IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.** *(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda*

*Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)*

Incontestável a encampação da tese da aplicação horizontal dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal.

Na doutrina contemporânea, podemos perceber que há muito se vem pregando a tese horizontal dos direitos fundamentais. O próprio Enunciado 92 do Conselho da Justiça Federal, decorrente da I Jornada de Direito Civil declara que “**as garantias constitucionais também devem incidir nas relações condominiais**, devendo ser assegurados, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório”. Destaque nosso.

O Enunciado em questão trata mais uma vez do artigo 1.337 e § único do Código Civil. Tanto o STF como a doutrina especializada vêm entendendo que negar o direito de contraditório e ampla defesa ao condômino acaba por restringir o direito de propriedade.

Como já dito alhures, impedir o condômino de provar que sua conduta não se enquadra no conceito objetivo de conduta antissocial acaba relativizando seu próprio bem, vez que lhe impõe sanção pelo uso irregular de sua propriedade sem chance de defesa.

No caso do artigo supra, a doutrina não se contenta em discutir a aplicação dos direitos fundamentais entre os condôminos, ou seja, entre os particulares, mas também na consequência da reincidência do comportamento antissocial.

A solução encontrada está estampada no Enunciado 508-CJF. Transcrevo:

*“Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal”.*

A leitura do Enunciado em questão abriga o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que negar direito ao contraditório e ampla defesa ao condômino considerado antissocial, restringe sua liberdade de propriedade, vez que, lhe pode ser imposto a pena máxima de exclusão.



Não se pode olvidar que para aplicação da sanção tão grave ao condômino reincidente ou desmensurado, deverá ser garantido o direito de defesa, o contra-argumento de que tais imputações podem ser tão somente imaginárias, desproporcionais, posto que, pode existir algum fundamento, uma razão justificante para todos os atos por ele praticados.

Bom registrar que não há previsão de um procedimento na lei para a garantia desse direito. Na verdade, não se exige formalidades rigorosas semelhantes ao processo judicial, nem mesmo de um administrativo.

Basta que seja assegurado o mínimo de oportunidade para que o condômino possa se defender e contraditar a imputação que lhe é feita. Como explica a Min. Isabel Galloti:

*"(...) não há de ser uma notificação com os rigores de um processo cível ou criminal, mas apenas que se dê ciência ao condômino de que estará em votação em assembléia da qual deva ser ele cientificado e de cujo edital conste essa imputação passível de aplicação de penalidade." (REsp 1.365.279-SP).*

A razão principal para tal conclusão emana não só da doutrina, da legislação infraconstitucional, ou da jurisprudência, mas principalmente da interpretação da aplicação do parágrafo 1º do art. 5º da CRFB/88:

*"§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".*

A aplicabilidade imediata reclamada pela Constituição Federal gera a indistinção entre Poder Público e o particular. Nas palavras do STF:

*"As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas" AgRg no ARE 1.008.25, rel. min. Luiz Fux, DJe 19/4/2017.*

Desta feita, é incontestável a aplicação dos direitos fundamentais nas relações praticadas pelos particulares. Ou seja, o respeito ao direito constitucional não se limita em uma vertente vertical (Estado – particular), mas também em um prisma horizontal (particular – particular).

#### **4. CONCLUSÃO**

É compulsório e vinculante as normas fundamentais da Constituição Federal nas relações entre os particulares.

Não se quer dizer com isso que não há autonomia privada, nem, tampouco, constitucionalizar o direito civil ao ponto de negar-lhe aplicação ou suprimir por completo a liberdade de contratar ou a liberdade privada.

O que se impõe do exposto é que os princípios de direitos fundamentais por serem inerentes à dignidade da pessoa humana, alcançam sem distinção as relações entre os particulares (relação horizontal), da mesma forma que tal fundamento constitucional se manifesta nas relações entre o Estado com os particulares (relação vertical)

Sendo assim, é inegável a aplicação e adoção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro.

A sociedade contemporânea reclama dos aplicadores e intérpretes do Direito a efetiva concretização dos direitos fundamentais, reduzindo não só as desigualdades sociais como declarado no art. 3º da CRFB/88, como também as desigualdades jurídicas, contratuais, trabalhistas existentes entre as relações simples e complexas dos particulares.

O Direito moderno dá vida aos valores fundamentais e constitucionais, determinando a aplicação da ponderação dos interesses, utilizando como parâmetro os princípios constitucionais que têm aplicabilidade direta e imediata às relações privadas.

Portanto, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser aplicada todas as vezes que houver desequilíbrio nas relações entre os particulares, já que o expõe à uma vulnerabilidade não agraciada pelos direitos constitucionais individuais e fundamentais positivados na atual Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 10 de outubro. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) >. Acesso em: 10 de outubro. 2019.

Direito Civil - Vol. 1 - Lei de Introdução e Parte Geral - 7ª edição - Flávio Tartuce - Editora Método

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. P.35.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 10 de outubro. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisas) >. Acesso em: 10 de outubro. 2019.

## **CROWDSOURCING: O PODER CONSTITUINTE E A ESFERA PÚBLICA VIRTUAL**

**RAISSA DA SILVA SANTOS AMARAL:** Advogada e Técnica de Controle Externo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2010-2014), Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2016-2017), Especializanda em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Sul-Americana (2018-atualmente).

**RESUMO:** A democracia é o regime político célebre por designar o governo no qual o poder é exercido pelo povo. Contudo, com predominância atual das democracias representativas, há uma impressão de que tal poder não é mais efetivamente exercido pelo seu titular, as pessoas percebem-se distantes dos centros de decisão e almejam uma democracia direta como que a existiu outrora. Embora parecesse inviável a existência de uma esfera pública em que os indivíduos pudessem travar diretamente os debates em prol dos interesses comuns, com o advento das novas tecnologias esse espaço passou a ser uma realidade. Nesse ínterim, surgiram as experiências de elaboração compartilhada da Constituição na Islândia e no México, denominada *crowdsourcing*. Mediante o uso desse instrumento de colaboração coletiva por meio da internet, o real titular do poder, o povo, pode, pela primeira vez, exercer diretamente a soberania que lhe diz respeito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Poder Constituinte. Esfera Pública Virtual. *Crowdsourcing*.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. A TITULARIDADE DO PODER. 1.1. O ESTADO E O PODER. 1.2. O CONTRATO SOCIAL E A MANIFESTAÇÃO DO PODER SOBERANO EM ROUSSEAU. 1.3. A TITULARIDADE E A LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE. 2. A ESFERA PÚBLICA VIRTUAL. 3. CROWDSOURCING. 3.3.1. CONCEITO. 3.3.2. EXPERIÊNCIA ISLANDESA. 3.3.3. EXPERIÊNCIA MEXICANA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

Mas a ideia da representação política como único meio de concretizar do ideal de democracia na sociedade contemporânea não encontra mais guarida na realidade prática. Talvez, ao longo do século XIX e XX, fosse a única forma visível de permitir a participação popular. Contudo, atualmente, com o advento das novas tecnologias, passou a ser possível a participação ativa do cidadão na vida política, deliberando acerca dos temas públicos e interesses coletivos, como outrora.

A escolha do tema em debate e a compreensão de sua relevância me surgiram após a leitura de artigo elaborado pelo Professor Mestre Henrique Pandim Barbosa Machado, no qual discorre acerca do *crowdsourcing*, fenômeno constitucional que possibilita a colaboração e participação efetiva dos cidadãos na elaboração de suas Constituições mediante instrumentos virtuais.

Considerando, ainda, o crescente debate acerca da saúde da democracia no mundo, faz-se necessário estudar meios que indiquem novos parâmetros para a representação política da sociedade, como se propõe o *crowdsourcing*.

Essas são as razões que me impeliram a pesquisar a evolução da democracia e o advento do *crowdsourcing*, confeccionando esta monografia.

O método científico predominantemente utilizado na elaboração deste trabalho foi o dedutivo. A partir da análise genérica de determinados preceitos jurídicos (soberania, poder constituinte) e sociológicos (democracia – dos antigos, dos modernos, pluralista, concorrencial, deliberativa, esfera pública, pós-modernidade, tecnologias e *crowdsourcing*), análise de experiências concretas (*crowdsourcing* na Islândia e no México), bem como com o suporte de vasta bibliografia, chegou-se a conclusão de que, hodiernamente, como auxílio das novas tecnologias, a democracia pode voltar a significar o poder exercido diretamente pelo povo.

O presente trabalho cuida dos fundamentos do poder estatal, da soberania popular e a titularidade do poder constituinte, concluindo que a competência para elaboração de uma Constituição, pertence, em última instância, ao povo. Apresenta, por fim, o *crowdsourcing*, como um fenômeno constitucional que viabiliza o exercício da soberania popular por meio da utilização das novas tecnologias.

Embora tenham sido utilizados diversos autores como referencial teórico, destacam-se no presente trabalho os seguintes: *Crowdsourcing, a elaboração democrática da Constituição: das terras de gelo aos vales astecas*, Henrique Pandim Barbosa Machado; *Crowdsourcing Constitution: solidariedade e legitimação democrática na pós-modernidade*, de Ernani Contipelli; entre outros.

## **1. A TITULARIDADE DO PODER**

### **1.1. O Estado e o Poder**

A concepção de Estado como a compreendemos atualmente originou-se na Europa, a partir do século XIII<sup>[1]</sup>, como fruto das idiosincrasias existentes naquele continente, e que, após esse período, estendeu-se por todo o mundo.

Norberto Bobbio destaca como a característica diferenciadora do Estado, quando comparado a outras formas de organização do poder como a família patriarcal, a tribo, o clã, a *gens* romana, a *fátia* helênica e o senhorio feudal, a “progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas”<sup>[2]</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari sintetiza em três posições as diversas teorias que buscam explicar o surgimento do Estado<sup>[3]</sup>:

1ª posição: o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu. Desde que o homem vive sobre a Terra, encontra-se integrado na organização social dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo.

2ª posição: a sociedade humana existiu sem o Estado durante determinado período; por motivos diversos, o Estado foi construído para atender às necessidades e conveniências do grupo social;

3ª posição: admite-se o Estado como sociedade política dotada de certas características bem definidas. Nessa linha de raciocínio, para Schmitt, o conceito de Estado não é conceito geral válido para todos os tempos, mas conceito histórico concreto surgido quando nasceu a ideia e prática de soberania.

A segunda posição é reconhecida por ser predominante, especialmente por abranger as teorias contratualistas.

Na obra “Estado, Governo e Sociedade”, ao tratar das formas de poder e do poder político, Bobbio reduz “o conceito de Estado ao de política e o conceito de política ao de poder”<sup>[4]</sup>. Questiona, em seguida, a definição e a legitimidade de tal poder: “Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir seus destinatários a obedecê-lo?”<sup>[5]</sup>.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, elenca seis princípios legitimadores do poder, que podem ser unificados em três principais: a Vontade, a

Natureza, a História. Relativamente ao primeiro, subdividido em dois princípios, o poder do governante adviria da vontade de Deus ou da vontade do povo, que, por vezes, reforçariam-se reciprocamente, conforme o brocardo: *vox Populi vox Dei*<sup>161</sup>.

A concepção natural do poder também pode ser compreendida sobre dois vieses: (i) a natureza como força originária (*krátos*); (ii) e a "natureza como ordem racional pela qual se identifica com a lei da razão, conforme prevalente interpretação do jusnaturalismo moderno"<sup>171</sup>. Na primeira acepção, considera-se que há indivíduos aptos naturalmente a comandar, enquanto outros, incluindo povos inteiros, teriam nascido apenas para obedecer, naturalmente, sem que a vontade humana interviesse nisso. Para o princípio da natureza como ordem racional, o poder se fundaria na capacidade do soberano de identificar e aplicar as leis naturais, que, por sua vez, são as leis da razão.

Por fim, o princípio da História apresenta, outrossim, duas dimensões para legitimar o poder, uma aficionada ao passado e, outra, ao futuro. Pela concepção histórica passada, a legitimação do poder se dá por tradição, e o soberano legítimo seria aquele que exerce o poder desde tempos imemoriais. Enquanto a referência histórica futura legitima o poder pela crença de que o novo é axiologicamente mais avançado do que o que o precedeu, entendendo que o poder que se está constituindo é uma etapa necessária do curso histórico<sup>181</sup>.

O tema ora apresentado, acerca da legitimação do poder estatal, possui relevância por seu elo direto com a obrigação política, tendo em vista que a obediência social é devida apenas ao poder considerado legítimo.

Observando os movimentos de resistências atuais, Bobbio reflete:

[...] contra um governo despótico, contra uma potência colonial ou imperialista, contra um sistema econômico ou político considerado injusto e opressivo, o direito de resistência ou de revolução é justificado ora através da referência à vontade popular vilipendiada, e portanto à necessidade de um novo contrato social, ora ao direito natural à autodeterminação que vale não apenas para os indivíduos, mas também para os povos, ora à necessidade de abater aquilo que está condenado pela História e de se introduzir no sulco do devenir histórico, que procede inexoravelmente em direção a novas e mais justas formas de sociedade<sup>191</sup>.

Assim, conclui o doutrinador italiano que a delimitação da obrigação define onde há início o direito de resistir, pois “onde acaba a obrigação de obedecer às leis (ativa ou passiva), começa o direito de resistência (ativa ou passiva)”<sup>[10]</sup>.

## **1.2. O contrato social e a manifestação do poder soberano em Rousseau**

Embora o termo “contrato social” remeta imediatamente à renomada obra de Jean Jacques Rousseau, a expressão “contratualismo” designa a corrente teórica que abrange teóricos de diferentes tradições político-econômicas (absolutista, liberal, democrática, etc.), como John Locke, Thomas Hobbes e Emmanuel Kant, além de Rousseau.

Para Bobbio, o que aproxima os mencionados autores não é uma comum orientação política, mas a adoção de uma mesma “sintaxe”, qual a seja, “a necessidade de basear as relações sociais e políticas num instrumento de racionalização, o direito, ou de ver no pacto a condição formal da existência jurídica do Estado”<sup>[11]</sup>.

Assim, de forma ampla, a expressão “contratualismo” refere-se a toda teoria que possui como pressuposto a existência de um acordo (o contrato social) para a legitimação do poder político e as relações de poder cuja natureza é política. Bobbio conceitua o contratualismo, do seguinte modo:

Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804)<sup>[12]</sup>.

Em síntese, por meio do aludido contrato social, os indivíduos teriam se associado livremente e renunciado a direitos que possuíam no estado de natureza, submetendo-se a um soberano (Locke) ou à uma “vontade geral” (Rousseau), em troca de segurança<sup>[13]</sup>. A legitimidade do poder estatal teria, portanto, origem em tal contrato.



Rousseau compreende a liberdade como um princípio superior, ao qual o homem não pode renunciar, sob pena de perder a própria humanidade. Assim, para o autor, ao anuir ao contrato social e aceitar a autoridade da vontade geral, o indivíduo deixaria de fruir a liberdade selvagem para viver a liberdade civil, obedecendo a leis a que ele próprio acatou.

Desse modo, para o filósofo francês, o contrato social não retiraria a liberdade do indivíduo em prol do Estado, nem teria o condão de subtrair de cada homem sua natural soberania. Para ele, o poder do Estado/do soberano é exercido em comissão, pois sua titularidade permanece pertencendo ao povo:

Assim, os que pretendem que o ato pelo qual um povo se submete a chefes não é um contrato têm toda razão. É unicamente uma comissão, um emprego no qual, simples funcionários do Soberano, eles exercem em seu nome o poder do qual ele os fez depositários, e que ele pode limitar, modificar e retomar quando quiser, pois a alienação desse direito é incompatível com a natureza do corpo social, e contrária à finalidade da associação. (J-J ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, Livro III, cap. 1)<sup>[14]</sup>.

Acerca da relação existente entre contrato social, soberania popular e democracia, sintetiza Norberto Bobbio:

A teoria da soberania popular e a teoria do contrato social estão estreitamente ligados, por duas razões, pelo menos: o *populus* concebido como *universitas civium* é ele mesmo, na sua origem, o produto de um acordo (o chamado *pactum societatis*); uma vez constituído o povo, a instituição do Governo, quaisquer que sejam as modalidades da transmissão do poder, total ou parcial, definitivo ou temporário, irrevogável ou revogável, acontece na forma própria de contrato (o chamado *pactum subjectionis*). Através da teoria da soberania popular, a teoria do contratualismo entra de pleno direito na tradição do pensamento democrático moderno e torna-se um dos momentos decisivos para a fundação da teoria moderna da democracia<sup>[15]</sup>.

Conforme destaca o pensador italiano, a teoria contratualista concebe ao povo o protagonismo na celebração do contrato social, que só existe por opção dos indivíduos. A soberania popular, portanto, é preexistente ao próprio Estado,

que extrai sua legitimidade da concessão que o povo lhe deu. A democracia moderna, por sua vez, se traduziria no regime político que representa essa percepção.

### 1.3. A Titularidade e a Legitimidade do Poder Constituinte

O debate acerca da titularidade do poder remonta à existência do ser humano. A justificação do exercício de autoridade foi dada, primitivamente, pela força bruta (a lei do mais forte), perpassando pelo poder divino, e, posteriormente, pelo poder dos monarcas, das nações e, finalmente, do povo<sup>[16]</sup>.

Na célebre obra *"We the people"*, Bruce Ackerman denomina "democracia dualista" o modelo democrático no qual há uma distinção entre as decisões conduzidas pelo povo e as tomadas pelo governo. O autor norte-americano sustenta que as decisões populares, tomadas em contextos de relevante mobilização cívica, devem ser resguardadas do alcance dos representantes do povo, que adotam decisões em momentos nos quais a participação popular não esteja tão aflorada. Assim, conduz Ackerman<sup>[17]</sup>:

*Above all else, a dualist Constitution seeks to distinguish between two different decisions that may be made in a democracy. The first is a decision by the American people; the second, by their government*<sup>[18]</sup>.

Esta teoria, portanto, indica que as decisões políticas extraordinárias, concernentes aos "momentos constitucionais", são de titularidade do povo. Enquanto aos seus representantes restaria a atuação ordinária, limitada pelas condicionantes pré-estabelecidas constitucionalmente pelo poder popular.

Atualmente, diz-se, em coro, que o "poder emana do povo". A teoria da soberania popular sagrou-se vitoriosa e predomina hodiernamente nos Estados Democráticos de direito. A consagrada fórmula *"we, the people"* é a locução inicial do preâmbulo da primeira constituição escrita, a dos Estados Unidos da América, e foi replicada posteriormente por Constituições em torno de todo o globo, como a do Afeganistão, de 2004<sup>[19]</sup>; da Angola, de 2010<sup>[20]</sup>; da Eritreia, de 1997<sup>[21]</sup>, entre diversas outras.

A Constituição brasileira de 1988, por seu turno, dispõe em seu preâmbulo que foi promulgada pelos "representantes do povo brasileiro", "para instituir um Estado Democrático". Em seguida, no Título I, art. 1º, a Carta Magna prevê, ainda, que a República Federativa do Brasil constitui-se como "Estado Democrático de Direito" no qual "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"<sup>[22]</sup>.

Jean Bodin, teórico responsável pela elaboração da concepção de soberania a definiu, em 1576, como o “o poder absoluto e perpétuo de uma República”<sup>[23]</sup>, ou seja, “é absolutamente soberano aquele que não reconhece nada maior que si, salvo Deus”<sup>[24]</sup>.

Embora no contexto em que foi cunhado o termo soberania ela correspondesse ao poder do Príncipe Soberano, dando fundamentos ao Absolutismo, posteriormente, o mesmo conceito foi reinterpretado, tendo sua titularidade transferida a outra categoria: o povo.

Na seara constitucionalista, atribui-se<sup>[25]</sup> ao abade Emmanuel Joseph Sieyès o desenvolvimento da concepção de que a titularidade do poder é do povo, consoante formulação teórica apresentada na obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, escrito durante a Revolução Francesa.

Pontua Barroso que o argumento do aludido livro é construído em torno da resposta a três questionamentos e três “petições”:

1º) O que é o Terceiro Estado? Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3º) O que é que ele pede? Ser alguma coisa. Na sequência, Sieyès formula três pedidos (“petições”) que superariam a servidão e a humilhação do povo: I – Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado; II – Que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero; III – Que os Estados-Gerais votem por cabeça e não por ordem<sup>[26]</sup>.

Com fundamento na teoria do contrato social, Sieyès formula a existência de um poder constituinte originário, que seria incondicionado e permanente e que encontraria limites apenas no direito natural<sup>[27]</sup>. Nesse contexto, Sieyès enfatiza que o poder constituinte originário é imanente ao povo e superior aos poderes ordinariamente constituídos.

## 2. A ESFERA PÚBLICA VIRTUAL

A efetiva participação e o exercício da soberania popular sempre foram questões que rondaram as discussões acerca do constitucionalismo e da democracia. Nessa seara, as novas tecnologias da informação e da comunicação podem se tornar instrumentos de uma nova forma de concretizá-las, inclusive através da viabilização da democracia deliberativa.

Acerca da influência da internet para fins democráticos, a renomada estudiosa de comunicação e democracia deliberativa, Rousiley Maia pontua:

Evidentemente, a Internet se mostra como um importante 'lugar', uma 'arena conversacional', na qual o espaço se desdobra e novas conversações e discussões políticas podem seguir seu curso. As redes eletrônicas permitem que as pessoas interajam localmente ou transcendam as fronteiras do Estado Nação, para trocar informação e compartilhar interesses comuns em fóruns virtuais, em escala global<sup>[28]</sup>.

A esfera pública, idealizada por Jürgen Habermas como local em que as deliberações públicas podem ser travadas entre os cidadãos para a consecução de interesses comuns, pode, hoje, ser vislumbrada em ferramentas tecnológicas com origem na internet.

Por meio das inovações tecnológicas, que aproximam e integram todo o globo, a rede mundial de computadores pode constituir-se, nesse momento, na esfera pública concebida por Habermas, uma esfera pública virtual.

### **3. CROWDSOURCING**

No início desta década, a crise do modelo representativo de democracia, potencializada pela crise financeira, culminou em insatisfações sociais em todo o globo. Manifestações em prol de uma democracia real (como chamado na Espanha: *¡Democracia Real Ya!*<sup>[29]</sup>), predominantemente organizadas por meio de mídias digitais, como Twitter e Facebook, eclodiram no mundo todo.

Buscando demonstrar o descontentamento com questões políticas e sociais, o povo saiu às ruas nos últimos anos em países como: Estados Unidos da América (2011), Reino Unido (2011), Espanha (2011), Brasil (2013), e, até mesmo, Rússia (2011-2013), China (2011) e países do oriente médio e da África, na histórica "Primavera Árabe" (2011-2012).

Em meio a isso, a sociedade despertou para uma antiga questão: como retomar e exercer a soberania que se sabe ser do povo?

Alternativas para esse impasse começaram a ser buscadas, e, entre elas, encontra-se o *crowdsourcing*.

#### **3.1. Conceito**

Fruto das inovações tecnológicas e da possibilidade de comunicação e compartilhamento de conhecimento em tempo real, o *crowdsourcing* constitui-se em um fenômeno recente de elaboração compartilhada de Constituição.

A locução tem origem na junção dos termos *crowd* (multidão) e *outsourcing* (terceirização), e transmite a ideia de transferência de elaboração constitucional para o povo (em verdade, não uma transferência, mas um retorno), ou seja, “designa a ideia de colaboração em massa, que gera a produção democrática de conhecimentos”<sup>[30]</sup>.

Ernani Contipelli define o fenômeno nos seguintes termos:

[...] consiste em uma plataforma de produção coletiva e democrática de conhecimentos, que tem por finalidade a utilização do espaço virtual, com a formação de uma comunidade on-line de pessoas, para solucionar os mais variados tipos de problemas, promovendo colaboração e compartilhamento de ideais entre seus participantes como forma de alcançar as respostas e os resultados esperados<sup>[31]</sup>.

Destaca, ainda:

Ora, o Crowdsourcing pode ser compreendido, então, como um modelo solidário virtual orgânico ajustado às exigências da sociedade pós-moderna, que estimula, por meio de um processo de colaboração, a criação de vínculos de interdependência recíproca entre os participantes de um determinado empreendimento em uma comunidade virtual, os quais praticam diferentes e especializados atos como forma de contribuição para o alcance de um produto final<sup>[32]</sup>.

Por meio do *crowdsourcing* a sociedade é convidada a tomar parte do debate para a construção da Constituição, mediante o uso de ferramentas virtuais, como as redes sociais. A internet transfigura-se na esfera pública virtual em que as deliberações são travadas, local em que a democracia acontece.

Com a possibilidade de influir efetivamente na elaboração da carta constitucional, a sociedade pode perceber uma diminuição no déficit democrático que a assombra. Mediante o uso desse instrumento de colaboração coletiva, o real titular do poder, o povo, pode, pela primeira vez, exercer diretamente a soberania que lhe diz respeito.

### 3.2. A experiência Islandesa

Conforme anteriormente destacado, o início da presente década foi marcado por manifestações e protestos em diversos países pelo mundo em decorrência, especialmente, da crise econômica de 2008 e da crise do modelo representativo democrático. Como outros países, a Islândia não escapou dessa crítica conjuntura.

A crise financeira pela qual passou o país, nesse período, foi classificada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) como “crise financeira de proporções catastróficas”. As consequências incluíram a desvalorização da moeda islandesa em 80% (oitenta por cento) relativamente ao euro, aumento de nove vezes na taxa de desemprego e dívida externa de 900% (novecentos por cento) do valor do PIB (produto interno bruto)<sup>[33]</sup>.

Nesse contexto, a Islândia experimentou uma ebulição social marcada por protestos e manifestações populares conhecida por “Revolução das Painéis e Frigideiras”, na qual os islandeses expressaram seu descontentamento com o sistema representativo vigente, bem como com sua Constituição outorgada, que não se adequava a sua história e cultura, tendo em vista tratar-se de uma transcrição da Carta Magna da Noruega de 1944<sup>[34]</sup>.

Com vistas à renovação da ordem social e à reedificação do país, a elaboração de uma nova Constituição mostrou-se uma necessidade patente. Entretanto, optou-se por uma forma inovadora para a consecução de tal fim: a redação da nova Lei Fundamental a partir da participação e colaboração do povo islandês por meio das redes sociais.

Henrique Pandim Barbosa Machado esmiuçou o procedimento empregado:

O procedimento adotado foi o seguinte. Inicialmente, foram sorteados 950 cidadãos. Destes, 522 se candidataram e 25 foram eleitos, compondo um grupo heterogêneo em termos de idade, profissão, condição econômica e níveis educacionais, que, a partir de então, passaram a constituir um Conselho Constitucional.

O Conselho Constitucional foi formado por vinte e cinco membros apartidários, cuja função era compor um grupo plural para representar os cidadãos e auxiliar o Parlamento na construção da nova Lei Fundamental.

O cientista político islandês Eiríkur Bergmann, um dos vinte e cinco conselheiros eleitos para compor a constituinte, destaca que a opção por criar um canal de comunicação direto com a população islandesa surgiu como forma de legitimar o próprio conselho eleito, tendo em vista a oposição que o Parlamento impunha a ele. Assim, decidiram por disponibilizar todos os meios de comunicação existentes (carta, telefone, e-mail, Twitter e, sobretudo, Facebook) para que a sociedade se sentisse apta a participar do processo<sup>[35]</sup>.

Bergmann ainda atribui o relativo êxito da empreitada ao fato de que mais de 95% da população islandesa ter acesso à internet, consoante confirma Fórum Econômico Mundial, e ser 100% (cem por cento) alfabetizada. Ademais, uma vez convocada a colaborar, a sociedade levou a questão a sério, buscando demonstrar responsabilidade nas opiniões emitidas. O cientista político concluiu que essa participação teve efeito curativo sobre a sociedade, que sentiu o impacto de cooperar efetivamente na recuperação do país<sup>[36]</sup>.

Segundo Eiríkur Bergmann<sup>[37]</sup>, capítulos acerca dos recursos naturais e dos direitos humanos sofreram grande impacto da participação popular. Assevera que, fossem escritos unicamente pelos parlamentares, o conteúdo teria sido mais conservador. Nesse sentido, Ernani Contipelli pontua que entre as principais demandas sociais estavam a publicização dos recursos naturais e a igualdade no direito ao voto, questões que fizeram com que os setores políticos mais conservadores se opusessem ao texto editado.

Ao fim dos trabalhos, o texto entregue pelo conselho ao Parlamento islandês continha 114 artigos, referendado por 65% da população do país<sup>[38]</sup>, que aprovou o conteúdo elaborado com o auxílio do *crowdsourcing*.

Apesar disso, o parlamento islandês rejeitou o projeto. Na concepção de Pedro Lenza: “seja por sua troca durante o processo de elaboração do *draft* (perda de apoio político), seja pela presença, em sua composição, de uma ala extremamente conservadora”<sup>[39]</sup> no Parlamento.

Embora não tenha sido finalizada a contento, em razão da força conservadora predominante, a experiência serviu para demonstrar ao mundo as possibilidades de utilização da internet para a integração em prol da democracia. A participação e a deliberação do povo na esfera pública podem ser concretizadas a partir da utilização das novas tecnologias.

### 3.3. A experiência Mexicana

Embora encontre-se em um contexto social, cultural e econômico bem diverso da Islândia, o México vislumbrou na experiência islandesa de construção coletiva da Constituição uma alternativa para minimizar sua crise política e fortalecer sua democracia.

Com uma população estimada em 127 (cento e vinte e sete) milhões de habitantes e a 15ª economia do mundo, o México possui 45 (quarenta e cinco) milhões de pessoas vivendo em extrema pobreza<sup>[40]</sup>, ou seja, 35% (trinta e cinco por cento) da população; entre os indígenas, o percentual chega a 38% (trinta e oito por cento).

Segundo estudo realizado pela Oxfam, em 2015, 1% (um por cento) da população mexicana detém 21% (vinte e um por cento) de toda a riqueza do país, e entre os alunos de escola pública, 61% (sessenta e um por cento) não têm acesso a computador<sup>[41]</sup>.

Nesse contexto, o descrédito com o modelo representativo de democracia é crescente. Segundo dados do The Guardian, quase 50% (cinquenta por cento) da população mexicana crê que o México não desfruta de uma democracia real:

De acordo com uma pesquisa nacional da Parametria, quase 50% da população acha que o México não possui democracia real. Em um índice de corrupção publicado pela *Transparency International*, o México ficou em 95 em 168 países, ao lado de Armênia, Mali e Filipinas. Uma pesquisa publicada pela mesma organização afirmou que 75% dos participantes pensam que a corrupção está aumentando - com os partidos políticos e as polícias percebidas como as organizações mais afetadas pela corrupção<sup>[42]</sup>. (tradução livre)<sup>[43]</sup>

Recentemente, em 2013, o México implementou uma reforma político-eleitoral em que, dentre outras alterações, concedeu à sua capital *status* de estado-membro, alterando sua nomenclatura de Distrito Federal para Cidade do México<sup>[44]</sup>.

Em decorrência de tal reforma, fez-se necessária a elaboração de um novo Texto Constitucional, para orientar o novo estado-membro. Para fortalecer o combatido sentimento democrático dos mexicanos, optou-se pela utilização do *crowdsourcing* na construção da Carta Constitucional.

A experiência mexicana contou com a participação de vinte e oito "notáveis", semelhantes aos vinte e cinco conselheiros islandeses, cuja função é a elaboração de uma primeira versão do Texto. Além disso, a Administração da



Cidade do México lançou, no Charge.org, uma plataforma digital denominada *Constitución CDMX*, através da qual a população pode apresentar propostas e fazer parte da elaboração da Constituição da Cidade do México.

O sítio eletrônico da *Constitución CDMX*<sup>[45]</sup> define a ferramenta da seguinte forma:

Esta plataforma aberta é um espaço de análise e reunião para concentrar a pluralidade de ideias, reflexões e propostas em torno da elaboração do Projeto da Constituição Política da Cidade do México que o Chefe de Governo irá apresentar à Assembleia Constituinte. Todos nós que vivemos e visitamos a cidade temos a oportunidade de contribuir e sermos ouvidos. Conheça os detalhes e faça parte deste processo histórico. (tradução livre)<sup>[46]</sup>.

Consta no sítio do *Constitución CDMX*, dentre outras, as seguintes manchetes: "Eles procuram fortalecer as relações internacionais na nova Constituição CDMX"; "Mancera recebe propostas de estudantes universitários para a nova Constituição"; "Eles ouvem as opiniões dos ambientalistas para considerar na Carta Magna"; "Cidade do México se atreve com uma Constituição Multidimensional", que denotam a orientação do texto construído.

Dentre as declarações presentes na plataforma *Constitución CDMX*, se destaca a que declara que a nova Constituição da Cidade do México é a mais emblemática e moderna da América Latina, constituindo parte da história: "*Hoy somos parte la historia. Hoy nuestra consitución CDMX es la más emblemática y moderna de Latinoamérica*".

Conforme a linha do tempo apresentada pelo *Constitución CDMX*, em 16 de setembro de 2016 o texto contendo as propostas populares foi encaminhado à Assembleia Constituinte para análise e posterior consolidação. Em 05 de fevereiro de 2017, a Constituição democrática da cidade do México foi publicada<sup>[47]</sup>. A expectativa é de que o êxito alcançado pela experiência mexicana mostre ao mundo que o *crowdsourcing* é uma alternativa viável.

## CONCLUSÃO

É inquestionável que a soberania e a titularidade do Poder Constituinte Originário pertencem ao povo, contudo, o contexto no contexto atual, faz-se urgente a busca por alternativas democráticas que permitam a retomada e o exercício da democracia por quem lhe pertence.

Para que os debates possam ser considerados materialmente democráticos, é imprescindível que existam condições de liberdade e igualdade entre os sujeitos atuantes, de modo que a cooperação coletiva possa ser efetivada. Ademais, a deliberação pública, conforme sustentada por Habermas, prescinde da esfera pública, o *locus* em que se travará as interações comunicativas, um espaço a que todos os sujeitos tenham acesso.

Recentemente, a Islândia utilizou-se de ferramentas virtuais para buscar uma elaboração compartilhada da Constituição, como forma de minimizar o déficit democrático que atingia o país naquele momento. Por meio das redes sociais, foi possível a colaboração coletiva de toda a sociedade na confecção da nova Carta Constitucional.

Embora não tenha sido finalizada a contento, em razão da força conservadora predominante, a experiência islandesa deixou um importante legado a todas as nações, a percepção de que a internet e as novas tecnologias, de modo geral, podem permitir a integração em prol da democracia.

Inspirada na islandesa, a experiência mexicana obteve êxito, e foi publicada em fevereiro do presente ano, mantendo vigorosa a expectativa de que o *crowdsourcing* se concretize como uma alternativa democrática viável também em outras nações.

Por todo o exposto, vislumbra-se que as novas tecnologias oportunizam a participação e a deliberação do povo na esfera pública, através da participação ativa do cidadão na esfera virtual, viabilizando a concretização da democracia deliberativa, conforme demonstram instrumentos democráticos como o *crowdsourcing*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people*. London, Harvard University Press, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo** – 2ª ed, p. 104. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**, 8ª edição. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Giofranco. **Dicionário de Política** – 11ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1º ed. 1998.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República – Livro Primeiro**. São Paulo, Ícone Editora, 2011.

BRASIL, *Constituição Federal*, p. 19. São Paulo, Vade Mecum Rideel 23<sup>a</sup> ed.: 2016, 2<sup>o</sup> semestre.

CONTEPELLI, Ernani. ***Crowdsourcing Constitution: solidariedade e legitimação democrática na Pós-modernidade***. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3<sup>o</sup> quadrimestre de 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado** – 33<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791>, acessado em 26 de outubro de 2017.

Disponível em: < <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>> acessado em 11 de outubro de 2017.

Disponível em: < <https://www.wdl.org/pt/item/16940/view/1/1/> > , acessado em 11 de outubro de 2017.

Disponível em: <<http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/588/5d9/59a5885d9b2c7133832865.pdf>>, acesso em 13 de novembro de 2017.

Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL>>, acessado em 28 de outubro de 2017.

Disponível em: <[https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea\\_1997#s2](https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997#s2)>, acessado em 11 de outubro de 2017.

LENZA, Pedro. ***Crowdsourcing Constitution: perspectivas de uma nova forma de democracia e de participação popular por meio das redes sociais***. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/crowdsourced-constitution/15734>>, acessado em 27 de outubro de 2017.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **Crowdsourcing, a elaboração democrática da Constituição: terras de gelo aos vales astecas**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 188, p. 26-29, out. 2016.

MAIA, Rousiley Celi Moreira. **Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação**. Brasília, Universidade de Brasília, 2001.

NICHEL, Andressa; OLIVEIRA, Gislaine Ferreira. **A experiência de construção da nova Constituição da Islândia: perspectivas constitucionais contemporâneas que privilegiam a colaboração.** Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Santa Maria/RS, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 27 a 29 de maio de 2015.

RABASA, Diego. **Mexico City is 'crowdsourcing' a new constitution. But will it change anything?** The Guardian, 02/06/2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/cities/2016/jun/02/mexico-city-crowdsourcing-new-constitution-change-mayor-mancera-president>>, acessado em 28 de outubro de 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, p. 26. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

VITA, Valquíria. **Cutucaram a Constituição.** Revista Superinteressante, São Paulo, Editora Abril, ano 30, out. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/cutucaram-a-constituicao/>>, acessado em 26 de outubro de 2017.

NOTAS:

[1] BOECKENFOERDE, Ernst Wolfgang *apud* Norberto Bobbio. *Dicionário de Política*, op. cit.

[2] *Ibidem*, p. 426.

[3] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit. p. 59.

[4] BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*, op. cit., p. 78.

[5] *Idem*.

[6] *Ibidem*, p. 89

[7] *Idem*.

[8] *Ibidem*, p. 90.

[9] *Ibidem*, p. 91.

[10] *Idem*.

[11] BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Giofranco. *Dicionário de Política*, op. cit., p. 279.

[12] Ibidem, p. 282.

[13] Idem.

[14] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*, p. 26. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

[15] BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Giofranco. *Dicionário de Política*, op. cit., 332.

[16] BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo* – 2ª ed, p. 104. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

[17] ACKERMAN, Bruce. *We the people*, p. 06. London, Harvard University Press, 1993.

[18] Tradução livre: “Acima de tudo, uma constituição dualista busca distinguir entre duas decisões diferentes que podem ser feitas em uma democracia. A primeira é uma decisão do povo americano; a segunda, de seu governo”.

[19] Disponível em: < <https://www.wdl.org/pt/item/16940/view/1/1/> > , acessado em 11 de outubro de 2017.

[20] Disponível em: < <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf> > acessado em 11 de outubro de 2017.

[21] Disponível em: <[https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea\\_1997#s2](https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997#s2)>, acessado em 11 de outubro de 2017.

[22] BRASIL, *Constituição Federal*, p. 19. São Paulo, Vade Mecum Rideel 23ª ed.: 2016, 2º semestre.

[23] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República – Livro Primeiro*, p. 195. São Paulo, Ícone Editora, 2011.

[24] Idem, p. 199.

[25] Nesse sentido: José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 85); Gilmar Ferreira Mendes (*Curso de Direito Constitucional*), 9ª ed., p. 103; e Luís Roberto Barroso (*Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª ed., p. 96-97).

[26] BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit.

[27] Idem.

<sup>[28]</sup> MAIA, Rousiley Leci Moreira. *Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação*, op. cit., p. 05.

<sup>[29]</sup> Tradução livre do espanhol: “democracia real já”.

<sup>[30]</sup> MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Crowdsourcing, a elaboração democrática da Constituição: das terras de gelo aos vales astecas*, p. 26. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 188, p. 26-29, out. 2016.

<sup>[31]</sup> CONTIPELLI, Ernani. *Crowdsourcing Constitution: solidariedade e legitimação democrática na Pós-modernidade*, p. 2377-2378. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791>, acessado em 26 de outubro de 2017.

<sup>[32]</sup> *Ibidem*, p. 2380.

<sup>[33]</sup> VITA, Valquíria. *Cutucaram a Constituição*. Revista Superinteressante, São Paulo, Editora Abril, ano 30, out. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/cutucaram-a-constituicao/>>, acessado em 26 de outubro de 2017.

<sup>[34]</sup> NICHEL, Andressa; OLIVEIRA, Gislaine Ferreira. *A experiência de construção da nova Constituição da Islândia: perspectivas constitucionais contemporâneas que privilegiam a colaboração*, p. 03. Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Santa Maria/RS, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 27 a 29 de maio de 2015.

<sup>[35]</sup> VITA, Valquíria. *Cutucaram a Constituição*, op. cit.

<sup>[36]</sup> *Idem*.

<sup>[37]</sup> *Idem*.

<sup>[38]</sup> MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Crowdsourcing, a elaboração democrática da Constituição: das terras de gelo aos vales astecas*, op. cit.

<sup>[39]</sup> LENZA, Pedro. *Crowdsourcing Constitution: perspectivas de uma nova forma de democracia e de participação popular por meio das redes sociais*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/crowdsourced-constitution/15734>>, acessado em 27 de outubro de 2017.

<sup>[40]</sup> Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicador/SP.POP.TOTL>>, acessado em 28 de outubro de 2017.

[41] RABASA, Diego. *Mexico City is 'crowdsourcing' a new constitution. But will it change anything?* The Guardian, 02/06/2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/cities/2016/jun/02/mexico-city-crowdsourcing-new-constitution-change-mayor-mancera-president>>, acessado em 28 de outubro de 2017.

[42] Idem.

[43] Texto original: *According to a nationwide survey by the polling company Paramétrica, almost 50% of the population thinks Mexico lacks real democracy. In a corruption index published by Transparency International, Mexico was ranked 95 out of 168 countries, alongside Armenia, Mali and the Philippines. A poll published by the same organisation stated that 75% of participants think corruption is on the rise – with political parties and police perceived to be the organisations most affected by corruption.*

[44] Idem.

[45] Disponível em: <<http://www.constitucion.cdmx.gob.mx/>>, acessado em 28 de outubro de 2017.

[46] Texto original: *Esta plataforma abierta es un espacio de exploración y encuentro para concentrar la pluralidad de ideas, reflexiones y propuestas en torno a la elaboración del Proyecto de la Constitución Política de la Ciudad de México que presentará el Jefe de Gobierno a la Asamblea Constituyente. Todas y todos los que habitamos y visitamos la ciudad tenemos la oportunidad de contribuir y ser escuchados. Conoce los detalles y sé parte de este proceso histórico.*

[47] Disponível em: <<http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/588/5d9/59a5885d9b2c7133832865.pdf>>, acesso em 13 de novembro de 2017.

## **A IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E OS AVANÇOS NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**LUCIENE DA SILVA OLIVEIRA:**

Acadêmica do Curso de Direito da  
Faculdade Serra do Carmo

**KELY NOGUEIRA**

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo enfoca a importância da implantação das Audiências de Custódia no Brasil no que se refere à garantia de direitos fundamentais dos presos. A partir do levantamento de dados sobre os efeitos desse instituto para o sistema prisional no Tocantins, busca-se avaliar a contribuição desse instituto para a redução da população carcerária e o cumprimento de seus objetivos quanto à verificação da legalidade da prisão, da ocorrência de tortura e maus-tratos e aplicação de penas alternativas diversas da prisão. Enfocam-se os tratados internacionais e sua contribuição para a adoção desse instituto no Brasil, bem como a implementação de novas garantias processuais aos indiciados, por meio do devido processo legal, garantido pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. Analisa-se a efetividade das Audiências de Custódia e seus reflexos para o sistema prisional no Tocantins.

**Palavras-chave:** Audiências de Custódia, direitos fundamentais; Código Penal Brasileiro, sistema prisional; legalidade da prisão, devido processo legal.

**ABSTRACT:** This article focuses on the importance of setting up Custody Hearings in Brazil with regard to guaranteeing the fundamental rights of prisoners. From the data collection about the effects of this institute for the prison system in Tocantins, we seek to evaluate the contribution of this institute to the reduction of the prison population and the reach of its objectives regarding the verification of the legality of the prison, the occurrence of torture and mistreatment and adoption of alternative penalties other than imprisonment. The focus is on international treaties and their contribution to the adoption of this institute in Brazil, as well as the implementation of new procedural guarantees to the accused, through due process of law, guaranteed by the principle of contradictory and broad defense. The effectiveness of Custody Hearings and their impact on the prison system in Tocantins is analyzed.

**Keywords:** Custody Hearings, fundamental rights, Brazilian Penal Code, prison system; prison legality, due legal process.



## 1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a necessidade de buscar instrumentos para a construção de um sistema penal coerente com a atual realidade constitucional, o presente estudo analisa a instituição e a efetividade do projeto “Audiência de Custódia”, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em fevereiro de 2015, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e implantado seis meses depois no Tocantins.

A ideia do projeto é garantir que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

O projeto se sustenta nos seguintes eixos: indispensabilidade da apresentação de presos autuados em flagrante perante a autoridade judiciária; oferta de opções viáveis que evitem o imediato encarceramento provisório (central de monitoração eletrônica, central de serviços e assistência social, além de câmaras de mediação penal). Assim, são discutidas opções à judicialização do conflito penal, bem como o desenvolvimento de uma metodologia apropriada para o monitoramento diário e permanente dos seus resultados, possibilitando a correção durante sua execução.

Foi com base nestas normas que o Conselho Nacional de Justiça e os estados brasileiros começaram a se movimentar para a sua implantação. Nas audiências, os presos têm oportunidade de relatar maus-tratos e até tortura cometidos durante o ato da prisão.

A resolução nº 213/2015 detalha o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente e possui dois protocolos de atuação – um sobre aplicação de penas alternativas e outro sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura.

Após a apresentação do projeto pelo CNJ, vários Estados passaram a formar comissões para viabilização de um cronograma de implantação do projeto e a definição da sua estrutura física e funcional.

Assim como os demais estados do país, o Tocantins vivencia a falência do sistema prisional em razão do elevado número de prisões, decorrente não somente do aumento da violência, mas também da ausência de políticas públicas voltadas à redução da criminalidade. Por parte do Sistema de Justiça, verificam-se tentativas

para solucionar o problema da superlotação da maneira mais prática, a implantação do Projeto Audiências de Custódia é um exemplo disso.

A partir do levantamento de dados sobre os efeitos desse instituto para o sistema prisional no Tocantins, busca-se avaliar como as Audiências de Custódia contribuem para a garantia de direitos fundamentais dos presos e sua efetividade enquanto instrumento de defesa desses direitos.

## **2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O sistema prisional na maior parte dos países tem sofrido com o aumento da população carcerária nas últimas décadas. Seguindo essa tendência mundial, o Brasil sofre pelo excesso de presos e pelas precárias condições carcerárias. Dentre os principais problemas estão a falta de estrutura física para receber os detentos, além da superlotação, tortura e maus-tratos. Segundo Andrade e Alflen (2017), a privação da liberdade há muito transformou-se na menor das penas impostas pela prisão.

O que se verifica no país é a existência de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação exige a adoção de medidas abrangentes de natureza jurídica, administrativa e orçamentária. Apesar de ocupar atualmente o terceiro lugar no mundo em população carcerária, atrás dos Estados Unidos e China e Rússia, o Brasil aumentou o número de presos na última década, enquanto os dois primeiros têm reduzido a quantidade de presos.

A população prisional total no país é composta pela soma das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional estadual e nas carceragens das delegacias, além daquelas custodiadas no Sistema Penitenciário Federal.

No Brasil, segundo informações do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) publicado em 2016, a população carcerária corresponde a 726.712 presos, enquanto a quantidade de presos provisórios (sem condenação) chega a 36.765 pessoas, ou seja, 40% do número total de presos. Isso significa que quatro de cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados. Ainda segundo esse levantamento, mais da metade dessa população é de jovens entre 18 a 29 anos e 64% são negros.

De acordo com o relatório, 89% da população prisional estão em unidades superlotadas. São 78% dos estabelecimentos penais com mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663.

Além disso, 47% de presos nesse universo encontram-se aprisionados há mais de 90 dias aguardando julgamento e sentença, percentual expressivo e que revela uma dura realidade processual, marcada pela lentidão no processo penal. Esse fenômeno tende a se agravar com a execução penal provisória, onde é preso quem ainda pode ter reconhecida a sua inocência. Importante registrar, ainda, que as denúncias de violência e abusos sexuais são muito comuns nesse período, penalizando, dessa forma, os indivíduos que tiverem sua liberdade privada em razão de prisão cautelar.

Some-se a isso a ocorrência de rebeliões, confrontos e chacinas nas prisões, a exemplo da ocorrida em Carandiru em 1992, em São Paulo, que resultou em 11 mortes, e outras mais recentes como a do Presídio Anísio Jobim em 2017, em Manaus, que teve um saldo de 67 mortos; a rebelião na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista, com 33 mortos; além dos confrontos verificados em maio deste ano em vários presídios de Manaus: Presídio Anísio Jobim, Instituto Penal Antonio Trindade, Puraquequara e no Centro de Detenção Provisória Masculino 1, que resultaram e 55 mortos.

No Tocantins, o total de pessoas que se encontram privadas de liberdade em cadeias ou em delegacias, sem terem sido julgadas e condenadas, corresponde a 39%, sendo que, nesse universo, mais da metade encontra-se encarcerada há mais de 90 dias. Daí a importância das audiências de custódia no enfrentamento da banalização do instituto prisional, as quais determinam que todo aquele que for preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

Estimativas iniciais apontaram redução de cerca de 20% nas prisões quando realizadas as audiências de custódia. Considerado o custo médio de três mil reais por preso, isto representa 120.000 presos a menos por ano no Brasil, com economia de 4,3 bilhões de reais em um ano. Além de economia, essas medidas garantem dignidade ao processado, considerando-se que o instituto da prisão é tido como excepcional.

Nesse sentido, a Lei 12.403/2011, que estabelece a realização das audiências de custódia no Brasil, destina-se à oitiva do preso em flagrante para exame da legalidade da prisão, da ocorrência de tortura física e/ou psicológica contra ele e da necessidade da conversão da prisão em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, refletindo, assim, na redução do número de presos provisórios nas unidades prisionais de todo o país.

Quanto à conversão da prisão em flagrante, a Lei n.º 12.403/2011, publicada no dia 04 de maio de 2011, alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares diversas da prisão.

Com a nova Lei, que entrou em vigor em julho de 2011, a Prisão em Flagrante e a Prisão Preventiva passam a ser medidas somente decretadas diante de situações excepcionais. A Lei prevê a conversão da Prisão em Flagrante ou substituição da Prisão Preventiva em 09 (nove) tipos de medidas cautelares processuais penais.

A nova Lei, que alterou o art. 319 do Código de Processo Penal, dispõe em nove incisos sobre medidas cautelares diversas da prisão, em consonância com o Princípio da Não-Culpabilidade previsto na Constituição Federal, do art. 5º, inciso LVII, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2016).

Além do Princípio da Não-Culpabilidade, o legislador buscou assegurar o Princípio do Devido Processo Legal e da exigência de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar. Isto porque a Lei Maior, em seu art. 5º, inciso LIV, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2016).

A Lei 12.403/2011, dentre os vários preceitos constitucionais, buscou assegurar a prevalência do Princípio da Não-Culpabilidade, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Daí a necessidade de apresentação pessoal do preso em flagrante, e não por via documental, a fim de que seja avaliada a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

Na audiência de custódia, o juiz deverá analisar a legalidade, necessidade e adequação da continuidade da prisão do acusado, decidindo sobre uma das opções apresentadas no artigo 310 do Código de Processo Penal: relaxar a prisão se for ilegal, ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, se entender que não há necessidade de manter a pessoa presa, podendo, ainda, impor outras medidas cautelares diversas da prisão, conforme artigos 318 e 319 do CPP.

A lei também estabelece em seu art. 282, § 6º, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. (BRASIL, 1941). A partir da análise da lei, entende-se que quando for recomendável

a aplicação de uma das medidas cautelares, como a utilização de monitoramento eletrônico, por exemplo, não será imposta a prisão provisória.

Pablo Rodrigo Alflen (2017) expõe que o principal objetivo da audiência de custódia é fazer cessar ou evitar o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial de persecução penal, que consiste na ocorrência de violações à incolumidade física e/ou psíquica, tais como tortura ou maus-tratos.

Nesse mesmo entendimento, expressa Caio Paiva:

O Brasil aderiu aos termos da Convenção Americana há mais de 20 anos, o que, por si só, já seria o bastante para que a audiência de custódia fosse respeitada e observada no nosso país. Os direitos e as garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos não podem ficar, sob pena de ineficácia e enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, condicionados à correspondência normativa no Direito interno de cada país. (PAIVA, 2017, p. 69).

No que diz respeito à prevenção da tortura policial, o instituto visa assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal do indivíduo privado de sua liberdade, funcionando como um mecanismo de controle à persecução penal realizada pelo estado, especialmente sobre as instituições encarregadas de executar os atos de investigação criminal e os anteriores ao encarceramento do indivíduo.

A tese defensiva para essa finalidade consiste no argumento de que o lapso temporal para o contato direto do preso com magistrado, se estendido, permitiria o desaparecimento de vestígios de lesões eventualmente causadas no momento da captura.

Na visão do estudioso Caio Paiva, não se pode esperar que a audiência de custódia, por si só, elimine a tortura policial, por se tratar de uma prática que atravessa todo período ditatorial, persistindo nos tempos atuais. Dessa forma, aduz que:

A medida pode contribuir para a redução da tortura policial num dos momentos mais emblemáticos para a integridade física do cidadão, o qual corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o cidadão fica absolutamente fora de

custódia, sem proteção alguma diante de (provável) tortura policial.

Outra finalidade da audiência de custódia refere-se ao propósito de identificar prisões ilegais, arbitrárias ou, porventura, desnecessárias, pelo juiz que presidir a apresentação.

Segundo Caio Paiva (2017, p.40), essa terceira finalidade visa solucionar casos excepcionais, que ensejam aplicação de prisão domiciliar, como no caso de pessoa debilitada por motivo de doença grave ou de gestante:

Embora o art. 318 do CPP exija “prova idônea” da ocorrência destas situações, certamente haverá casos nos quais a mera constatação visual/presencial do estado da pessoa permitirá que, homologado o flagrante e convertida a prisão preventiva, esta seja substituída por prisão domiciliar. Contrariaria o bom senso a condução de uma mulher em estágio avançado de gravidez para a unidade prisional apenas porque não se dispõe, ali, na audiência de custódia, de documento médico atestando suas condições pessoais.

Dessa forma, as audiências de custódia estão em perfeita consonância com o sistema de garantias de direito, exercendo o primeiro controle de legalidade da prisão, assegurando direitos mínimos ao indivíduo privado de sua liberdade, bem como a manutenção de sua integridade pessoal.

### **3. O FUNDAMENTO JURÍDICO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

Os juristas, estudiosos e instituições favoráveis à implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro justificam que esse instituto atende a princípios estabelecidos em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

O Brasil aderiu aos termos da Convenção Americana há mais de 20 anos, o que, por si só, já seria suficiente para que a audiência de custódia fosse respeitada e observada em nosso país. Os direitos e as garantias previstas por esses acordos não podem ficar condicionados à normativa do Direito interno de cada país, há uma necessidade premente de que o Brasil ajuste o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais, sob pena de enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

#### **3.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**

No que se refere à previsão normativa quanto à aplicabilidade da audiência, o artigo 9º, tópico 3º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque dispõe:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura a poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE NOVA IORQUE, 1992).

Citamos, ainda, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em seu artigo 5º, item 3º:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950).

Ressalte-se que o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

### **3.2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

Outro dispositivo que fundamenta a questão da audiência de custódia por meio de tratados internacionais no Brasil é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que destaca em seu artigo 7, item 5:

Toda pessoa presa, detida e retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1992).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) apresenta como finalidade da audiência de custódia prevenir ameaças e maus-tratos e, também, detectar e prevenir prisões e detenções ilegais e arbitrárias.

Conforme ressalta Cançado Trindade (2003), a tendência constitucional atualmente manifesta, de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos, sinaliza uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.

Esse precedente significou uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza supralegal (posição do Min. Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Min. Celso de Mello).

Diante do caráter especial assumido pelos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico visa impedir a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional que conflite com esse entendimento.

Portanto, em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional que conflite com uma garantia assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, anterior ou posterior à promulgação de tais tratados, não mais poderá ter aplicação.

#### **4. AS GARANTIAS DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PRESO**

##### **4.1 A apresentação do preso como meio de defesa e como meio de prova**

A apresentação imediata do preso perante um juiz imparcial e independente é marcada por uma entrevista da pessoa presa, detida ou retida presidida pela autoridade judicial, acompanhado obrigatoriamente pelo órgão persecutório do Estado, no caso, o Ministério Público, e da indispensável presença da defesa técnica, ou seja, de um advogado ou defensor público.



No Brasil, esse procedimento encontra amparo na mencionada Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que os textos internacionais e a legislação interna restam omissos sobre como se deve proceder na apresentação do preso.

Importante mencionar que Nucci (2015, p. 103), além de defender ser o interrogatório um meio de defesa, exprime que ele também se apresenta como meio de prova. Isso porque o acusado pode responder sobre a veracidade da acusação, onde estava quando o fato aconteceu, as circunstâncias de sua ocorrência, dentre outros, pelo que acaba por trazer elementos importantes para a convicção judicial.

Segundo Nucci (2015, p. 20), a prova surge como um ato (forma de verificação da alegação), como um meio (instrumento pelo qual a verdade se apresenta) e como resultado (produto final e que resulta da análise feita).

Na perspectiva de PAIVA (2017, p.133-138), no referido ato normativo, o juiz adverte o preso sobre seu direito de permanecer em silêncio, esclarece o que é a audiência de custódia, concede a palavra ao ministério público e ao advogado (ou defensor público) para requerimentos e indagações, e se dirige ao preso com perguntas que julgue necessárias para o controle sobre a legalidade e necessidade da manutenção prisão, bem como verifica o respeito à integridade física do preso pelos agentes estatais ou a existência de indícios de maus-tratos ou tortura.

De acordo com os termos do artigo 186 do Código de Processo Penal, antes de iniciar o interrogatório, o juiz deve advertir o acusado de seu direito de permanecer calado, sendo que tal silêncio não pode ser interpretado em prejuízo de sua defesa, pois a máxima garantista preconiza *nemo tenetur se detegere*, que diz respeito ao direito de não produzir provas contra si mesmo. Da mesma forma, o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) desobriga o acusado de colaborar com as investigações, o que somente pode haver na hipótese de atuação livre, voluntária e consciente daquele a quem se imputa uma acusação.

Tal garantia decorre do direito fundamental do acusado de não produzir prova contra si mesmo, decorrente da vedação a autoincriminação e da presunção de inocência, em conformidade com o artigo 8º, 2, "g", do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e artigo 14, 3, "g" do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 19 de dezembro de 1966, ambos já internalizados em nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, FERRAJOLI (2010) entende que o interrogatório do acusado é onde melhor se manifestam as diferenças entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois era no interrogatório que se iniciava a guerra forense e o primeiro ataque do órgão responsável pela persecução penal do Estado.

Contudo, o autor complementa que o avanço do modelo garantista trouxe uma nova roupagem à concepção do interrogatório, de modo que se tornou ato processual essencial e direito fundamental do acusado, eficaz e oportuno para o exercício da autodefesa:

Ao contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. *Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. (FERRAJOLI, 2010, p. 485).

FERRAJOLI (2010, p. 483) defende que o processo, antes de tudo e num Estado Democrático de Direito, existe por causa do réu e se justifica como forma de frear as arbitrariedades e tutelar o direito dos inocentes e acusados. Portanto, não existe para condenar, pelo contrário, existe para garantir que, se houver punição, será precedida das garantias constitucionais na sua mais ampla interpretação.

Por outro lado, o processo penal brasileiro prevê que o preso em flagrante é conduzido à autoridade policial, onde é formalizado o auto de prisão em flagrante e posteriormente encaminhado ao juiz, que decidirá nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, se homologa ou relaxa a prisão em flagrante (em caso de ilegalidade) e em continuidade, decidirá sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa (CPP, artigo 319).

Acontece que isso geralmente ocorre de forma burocrática e sem a presença do detido, ou seja, o juiz não tem contato com o cidadão preso e, se decretar a prisão preventiva, somente irá ouvi-lo no interrogatório muito tempo depois, após concluída toda a fase de investigação e instrução da ação penal, pois o interrogatório é o último ato do procedimento da instrução, com inegável vantagem para o direito de defesa, mas com imenso sacrifício da liberdade. Importante destacar que a apresentação imediata do preso ao juiz não pode se transformar numa colheita antecipada de provas, devendo-se observar o devido processo legal.

Dessa forma, impõe-se a existência de limites à oitiva do custodiado, estabelecendo que o objeto das perguntas deva se restringir ao necessário para que o juiz decida a respeito da prisão e liberdade e a verificação de tortura ou maus-tratos, evitando-se assim, a antecipação do interrogatório, bem como a vedação à utilização posterior das declarações do preso e outras provas que porventura se produzam na audiência de apresentação.

Nesse sentido, VASCONCELLOS (2016) assim se expressa:

[...] a oitiva do preso realizada em audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para eventual condenação, caracterizando-se uma regra de exclusão probatória, pois: 1) isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia, causando uma completa inversão em sua essência; 2) haveria violação ao contraditório e ao direito de defesa, pois se inverteria a ordem dos atos acusatórios e defensivos, já que o imputado se manifestaria antes do estabelecimento da denúncia e da delimitação da imputação; 3) isso violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008, que deslocou adequadamente o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa; e 4) possibilitar-se-iam indevidos espaços para manifestações de arbitrariedades e ilegítimas negociações, visando à obtenção de condenações antecipadas por meio de barganhas, incompatíveis com o processo penal de um Estado Democrático de Direito.

A propósito, ALFLEN e ANDRADE (2016, p. 138-140) argumentam:

Em síntese, quando judicializado, o auto de prisão em flagrante adquire natureza processual, ambiente onde se manifesta o princípio do contraditório. Logo, não há como negar sua incidência quando da oitiva judicial do sujeito privado em sua liberdade, especificadamente, autorizando-se tanto o Ministério Público como a defesa a formularem perguntas após a inquirição realizada pelo juiz.

Da mesma forma, PAIVA (2017, p. 114) considera a possibilidade de utilização do depoimento colhido na audiência de custódia ao defender que as declarações são provisórias ao estado de flagrância ou prisão e estão sujeitas a ratificação ou retificação quando da realização da instrução processual.

O mesmo autor tece crítica, por outro lado, ao argumento de vedação preconizado na Resolução nº 213/1526, uma vez que o sistema processual brasileiro admite, ainda que timidamente, em seu artigo 156 do Código de Processo Penal - CPP a utilização de provas e depoimentos colhidos na fase de investigação preliminar, onde raramente é possibilitado ao indiciado o acompanhamento de advogado na produção de provas pela autoridade policial.

Ainda de acordo com PAIVA (2017), tem-se observado a insuficiência do regramento jurídico brasileiro para superar a fronteira do papel:

Trata-se de um sistema puramente *cartorial*, em que o Poder Judiciário, de forma asséptica, decide a partir do papel, sem garantir ao preso o direito de – pessoalmente – se fazer ouvir, revelando um padrão de comportamento judicial que, com o passar dos tempos, se tornou praticamente *gerencial*, uma atividade quase que burocrática, em que predomina a conversão do flagrante em prisão preventiva, com base em elementos excessivamente abstratos (...)

Esse entendimento é compartilhado por Giacomolli (apud PAIVA, 2017), que destaca a contradição entre o que está legalmente previsto e o que se observa na realidade:

Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável ... O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, como regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Nas situações em flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido.

Nesse aspecto, destaca a importância de cumprimento do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CAHD), uma vez que o direito à audiência é um desdobramento da ampla defesa e do contraditório, na medida em que se daria ao sujeito a oportunidade de expor suas razões defensivas, possibilitando a concessão de liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas.

#### **4.2 O princípio do contraditório e a ampla defesa como pressupostos para exercício do direito**

Um dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito é o respeito ao devido processo legal, que consiste em um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo de proteção do indivíduo em face do poder estatal, fundamentando, assim, a sua existência na ótica garantista do processo penal.

Como pré-requisitos do devido processo legal estão outros princípios fundamentais, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório, previstos no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, que dispõe acerca da observância desses princípios em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos.

A ampla defesa é a garantia de acesso a todos os meios de provas legalmente permitidos em direito. Já o princípio do contraditório, caracteriza-se no direito que as partes têm de se manifestar sobre qualquer fato alegado ou prova produzida pela parte contrária, de modo que influencie no resultado da demanda e se obtenha uma decisão justa e democrática.

A garantia do devido processo legal está presente na Magna Carta inglesa de 1215, que se preocupou em exigir um processo como formalidade necessária que antecederesse a imposição de penas restritivas de direitos, de forma a coibir os prováveis abusos praticados pelo rei.

No Brasil, foi com a Constituição do Império de 1824 que primeiro se teve notícia da observância do contraditório e da ampla defesa no sistema processual, mesmo que de forma implícita, ao consagrar as garantias individuais do homem e o devido processo legal:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

As Constituições de 1891 (Artigo 72, §§ 15, 16) e de 1934 (Artigo 113, itens 24 e 26) asseguraram, de forma expressa, o exercício do amplo direito de defesa como direito fundamental a ser observado no processo. Já na Constituição de 1937, de cunho totalitário, não foram previstas garantias do exercício do direito de defesa no processo.

As garantias processuais voltaram a ter assento constitucional nas Constituições de 1946 e 1967, embora nesta última a sua tímida influência para a observância plena das garantias porquanto o regime militar implantado à época fora predominantemente marcado por abusos do poder de polícia e perseguições políticas aos opositores do governo.

À época histórica remonta à instauração do Estado Novo por Getúlio Vargas. Com o fim do regime ditatorial, e, conseqüentemente, de diversos abusos pessoais e processuais, foi promulgada a democrática Constituição Federal de 1988, ainda vigente nos dias atuais, assegurando de forma clara os princípios do contraditório e da ampla defesa como direitos fundamentais das pessoas e essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Assim, no sistema brasileiro, atualmente o contraditório passou a ser garantido a qualquer tipo de processo, tanto judicial como administrativo, sendo todos os atos processuais acompanhados pelas partes de forma a propiciar a chegada a um resultado final imparcial e de respeito a todas as fases legais possíveis.

O princípio do contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, sendo corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em direito admitidos. Não se trata de uma benesse do Estado aos seus governados, mas uma questão de ordem pública essencial a qualquer país que pretenda ser, minimamente, democrático.

Ocorre que, conforme ensina TOURINHO FILHO (2012, p. 63-64), em tempos passados o princípio do contraditório era entendido apenas sob um prisma negativo, como o direito de manifestar-se contrariamente a qualquer ação da outra parte no processo.

Atualmente, entretanto, passou o contraditório a ser entendido de maneira mais ampla, como a atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou de ser apenas um elemento para a dialética do processo, passando a ser a participação efetiva na totalidade do processo em busca do sentimento de justiça em face do bem jurídico que se deseja proteger.

A dimensão atual do contraditório impõe a efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. Às

partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz.

Porém, indo na contramão da evolução do direito constitucional, processual criminal e cultural, a investigação preliminar ainda se mantém com características típicas do sistema inquisitorial, uma vez que não é oferecido ao indiciado o mínimo direito de exercer o contraditório de modo que lhe permita dialogar e intervir na opinião do órgão acusador.

Mesmo levando-se em conta a atual exigência de presença de advogado no interrogatório e a possibilidade da defesa técnica acompanhar os atos investigativos depois da vigência da Lei nº 13.245/16, isso não significa que foi consagrado o contraditório no procedimento investigativo policial, tendo em vista que ainda estão presentes as características inquisitoriais, sobretudo porque o advogado funcionará apenas como mero tutor de garantias e não influenciará no resultado do procedimento.

A apresentação do preso em flagrante diretamente ao juiz, acompanhado do advogado (defensor público) e promotor de Justiça, constitui, assim, grande avanço na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente porque garante ao custodiado ser ouvido imediatamente pelo juiz, preservando-se, dessa forma, o contraditório antes mesmo da instauração da ação penal.

A implantação do direito de apresentação pessoal ao juiz à realidade brasileira segue importantes princípios constitucionais que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o devido processo legal e seus pressupostos, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sendo assim, vislumbra-se a ideia de que princípios constitucionais sejam também aplicados à fase investigatória preliminar, quando houver compatibilidade, respeitando o devido processo legal, como ferramenta de garantia às pessoas investigadas e a efetividade da aplicação da lei penal. Isso porque, na medida em que a apresentação do preso ao juiz viabiliza o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente garantidos, a propensão disso é a possível e necessária constitucionalização da investigação preliminar, ou então, a sua extinção na forma como atualmente concebemos.

Vale a pena ressaltar que ainda existem posições contrárias, que defendem a manutenção do caráter inquisitório, baseados no argumento de que essa fase investigativa não advirá nenhum tipo de sanção à pessoa investigada por se tratar de um procedimento administrativo.

Não obstante, a estigmatização causada por um inquérito mal construído e sem respeito ao direito de defesa ofenderia frontalmente a imagem, a honra e a dignidade da pessoa humana.

A aplicação do mínimo contraditório, nesse sentido, possibilitará a reformulação do sistema de garantias processuais combinado com a efetividade da aplicação da lei penal, ao mesmo tempo em que evitará a propositura de ações penais desnecessárias.

Deduz-se, portanto, que sem a humanização do processo, com a observância de todas as garantias e direitos fundamentais do homem, especialmente o contraditório, ampla defesa, igualdade de tratamento entre as partes, dentre tantos outros, não há que se falar em devido processo legal ou democrático.

## **5 RESULTADOS INICIAIS ALCANÇADOS PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS COM A VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 17/2015**

Como consequência imediata da implantação da audiência de custódia, constam no portal de internet do CNJ os primeiros números referentes à implantação desse instituto nos Estados da Federação.

Dados atualizados até junho de 2017 pelo Mapa de Implantação das Audiências de Custódia, do CNJ, revelam que do total de audiências realizadas no país (258.485), mais de 40% resultaram em liberdade provisória; 142.988 casos (55,32%) resultaram em prisão preventiva; em 12.665 casos (4,90%) houve alegação de violência no ato de prisão e em 27.669 casos (10,70%) houve encaminhamento social/assistencial.

No Tocantins, o projeto foi implantado em agosto de 2015, por meio da Resolução nº 17, de 02 de julho de 2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, inicialmente em Palmas e posteriormente em Araguaína e Gurupi.

Em âmbito estadual, os resultados iniciais obtidos com as mudanças decorrentes da implantação das audiências de custódia demonstram uma redução significativa do número de presos. Das 1.217 audiências de custódia realizadas no Tocantins até junho de 2017, um total de 39,52% resultaram em liberdade provisória, embora o mero levantamento estatístico das audiências de custódia realizadas no Estado do Tocantins não seja instrumento suficiente para comprovar qualquer tipo de mudança ocorrida no tratamento dos indivíduos presos em flagrante.



Lançando-se mão dos dados divulgados pelo próprio Tribunal de Justiça, nos cinco primeiros meses de implantação do projeto, verifica-se que das 254 audiências de custódia realizadas em Palmas, 144 resultaram em liberdade, ou seja, menos da metade.

Segundo dados mais recentes, divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, entre outubro de 2017 e maio de 2018, das 482 audiências de custódia realizadas na capital, 471 resultaram em concessão de liberdade do indivíduo. Isso significa dizer que apenas 2% das prisões em flagrante, nesse período, resultaram em prisão, o que nos leva a acreditar que, ao lado de outras medidas destinadas à redução da criminalidade e do encarceramento, esse instituto poderá ter reflexos positivos para a redução da população carcerária do Estado.

Os números apresentados refletem uma mudança expressiva trazida com a implementação da audiência de custódia no tratamento dispensado pelo Judiciário aos indivíduos presos em flagrante na comarca de Palmas, que pode ser comprovada pelo número de liberdades provisórias concedidas.

Tendo-se em vista que os tratados internacionais que preveem a realização de audiência de custódia não restringem a prática somente aos casos de prisão em flagrante, tem-se observado uma tendência de que esse instituto se estenda a outras circunstâncias. Recentemente, a 2ª turma do STF enviou ao plenário um processo no qual a Defensoria Pública do RJ defende que as audiências de custódia não devem se restringir aos casos de flagrante delito, e sim que independentemente do título prisional, o preso deve ser apresentado, no prazo de 24 horas, à autoridade judicial.

Apesar de se considerar a tendência para ampliação das hipóteses para aplicação das audiências de custódia, entende-se que essa previsão pode encontrar dificuldades, tendo em vista a frequente alegação, por parte dos integrantes do Sistema de Justiça, quanto aos gastos com o deslocamento dos presos e outros fatores.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A prisão cautelar representa parte de uma tradição de processo penal brasileiro. Mesmo com a criação de medidas cautelares diversas, a banalização dessa medida permanece na lógica judicial, principalmente quando consideramos delitos do Direito Penal clássico como crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes. Verifica-se que muitos processos de prisão cautelar duram três, quatro anos, sem condenação nenhuma, de forma que os réus acabam cumprindo pena sem sequer terem sido condenados.

Além disso, a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, bem como a inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante às pessoas que se encontram sob custódia.

Nesse sentido, a audiência de custódia surgiu como um recurso para evitar prisões ilegais e desnecessárias, contribuindo assim para o desafogo do cárcere, bem como para adequar o nosso sistema jurídico aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Após quatro anos da implantação dessa medida, os resultados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça são otimistas e comprovam que a introdução da audiência de custódia contribuiu para a redução de prisões ilegais e das prisões preventivas, consistindo no primeiro controle de legalidade da prisão e demonstrando uma avanço frente aos países que não adotaram essa medida.

Do ponto de vista financeiro, apesar das dificuldades apontadas por alguns estudiosos para a realização desse instituto, a exemplo dos gastos com deslocamento de presos e retirada de policiais, juizes, promotores, defensores públicos e demais servidores de outras áreas, que são destinados à realização de audiências de custódia, a economia aos cofres públicos chega a milhões, levando-se em conta o dispêndio individual de cada indivíduo preso e a consequente necessidade de construção de novos presídios.

Por fim, é evidente que o problema enfrentado pelo sistema prisional não será extinto apenas com a audiência de custódia, sendo necessário o emprego de medidas complementares, contudo, os resultados obtidos nos últimos anos comprovam que as finalidades esperadas com essa medida estão sendo alcançadas.

## REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiências de custódia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 17.

ALFLEN, Pablo Rodrigo; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2016.

Audiência de Custódia. Dados Estatísticos/Mapa de Implementação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em 24 ago. 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Parecer**. São Paulo, 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/9457415/Parecer\\_-\\_Pris%C3%A3o\\_em\\_flagrante\\_delito\\_e\\_direito\\_%C3%A0\\_audi%C3%A2ncia\\_de\\_cust%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia) Acesso em: 19 de ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 11 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção 1, p.19.699. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen**. Brasília – DF, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: jul. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris Editores, 2003, 515 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 2015. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos--adm?documento=3059>. Acesso em: 04/06/2018.

\_\_\_\_\_. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 1º maio 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto São José da Costa Rica**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 de jun. 2019.

ESTADO DO TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Tocantins realiza 254 audiências de custódia em cinco meses**. Disponível em

<<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3902-tocantins-realiza-254-audiencias-de-custodia-em-cinco-meses>> Acesso em 25 de outubro de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto de San José de Costa Rica**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 24 de março de 2016.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLITICOS. **Tratado sobre Direitos humanos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória**. IBCCRIM, Ano 24, ISSN 1676-366, junho de 2016.

## O PROCESSO PARA O DESINVESTIMENTO PÚBLICO: A POSSIBILIDADE DE VENDA DE CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESA ESTATAL SUBSIDIÁRIA OU CONTROLADA SOB O ENFOQUE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### RODRIGO DÉDE DE CASTRO LEITE:

Bacharel em Administração pela Universidade de Brasília - Unb, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, Pós-graduado em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal desde 2004.

**Resumo:** A intervenção do Estado na exploração direta de atividade econômica, pela criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, passou por transformações. A evolução dos textos constitucionais revela o processo de legitimação política da intervenção do Estado na atividade econômica a partir da década de 30, quadro alterado após a promulgação da Constituição da República de 1988. A desestatização da economia brasileira iniciada na década de 90 avançou sobre novas frentes, como o desinvestimento de ativos de empresas estatais. A controvérsia sobre a necessidade de autorização legislativa e submissão a processo licitatório para o desinvestimento de ativos sob o enfoque do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras chaves:** Economia. Intervenção. Desestatização. Desinvestimento. Supremo Tribunal Federal.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A legitimação constitucional para a intervenção direta do Estado na atividade econômica. 3. Da estatização à desestatização econômica, um breve retrospecto sobre a intervenção direta do Estado na economia. 4. O desinvestimento de ativos como modelo de privatização. 5. A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.624. 6. Conclusão.

**Abstract:** State intervention in the direct exploitation of economic activity, through the creation of public enterprises and mixed economy societies, has undergone transformations. The evolution of constitutional texts reveals the process of political legitimization of state intervention in economic activity from the 1930s onwards, a situation that changed after the enactment of the 1988 Constitution of the Republic. The privatization of the Brazilian economy that began in the 1990s advanced on new fronts, such as the divestment of assets of state-owned companies. The controversy over the need for legislative authorization and submission to a bidding process for the divestment of assets under the approach of the Supreme Court.

**Keywords:** Economy. Intervention. Privatization. Divestment. Supreme Court.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Constitutional legitimation for direct state intervention in economic activity. 3. From nationalization to economic privatization, a brief retrospect on direct state intervention in the economy. 4. The divestment of assets as a model of privatization. 5. The ADI n. 5,624-MC. 6. Conclusion.

---

## 1. Introdução

A controvérsia a envolver a intervenção do Estado como explorador direto da atividade econômica, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, tem retomado destaque no cenário nacional, reacendendo o debate sobre a legitimidade, eficiência e racionalidade do modelo.

Desde o período iniciado com a Era Vargas (1930-1945), passando pelo Golpe Militar de 1964, seguindo pelo período de redemocratização que culminou na promulgação de Constituição da República de 1988 e desembarcando nos governos civis a partir do Presidente José Sarney até o atual ocupante do cargo, o Estado brasileiro tem se valido, em maior ou menor medida, da intervenção direta como instrumento de sua política econômica, adotando-a até mesmo como matriz para o desenvolvimento nacional.

Esse expediente espalhou-se pelos demais entes federados, culminando na profusão de centenas de empresas e sociedades de economia mista nos Estados, Municípios e no Distrito Federal, especialmente nos setores considerados estratégicos e de infraestrutura como os de telecomunicações, produção e distribuição de energia, mineração, metalurgia e siderurgia, tecnologia, saneamento e, por fim, o setor financeiro.

Em contrapartida, já denunciando o movimento pendular da história, o modelo intervencionista empregado em um período se segue de um modelo mais liberal no momento seguinte e assim em diante. É dizer: ora o comportamento estatal se revela pronunciadamente estatizante, ora envereda pelo caminho oposto, pelo afastamento do Estado da economia, rendendo ensejo a sucessivos ciclos de privatizações. Esse comportamento cambiante, que tende a concretizar a ideologia vigente à época, ou seja, as convicções políticas, sociais, econômicas e filosóficas, muitas vezes expressada no texto constitucional e dele podendo ser extraída, não se desvincula, por óbvio, da cena econômica nacional e internacional com a qual interage, pois, como alertava o saudoso Ministro Oscar Dias Corrêa, “verdade é que política e economia se condicionam”[1].

Como se verá adiante, o histórico dos textos constitucionais que precederam a Constituição da República de 1988 revela um processo de legitimação constitucional que tem informado e dirigido a atuação do Estado na economia, reconhecendo-lhe a condição de ator econômico, que, sempre presente, vacila entre o papel principal e o secundário. Assume seu protagonismo quando atua diretamente como explorador de atividade econômica ou como prestador imediato de serviços públicos essenciais ou opta por uma atuação coadjuvante e por vezes suplementar, concentrando-se na função de agente regulador, fiscalizador ou de fomento, assumindo papel de indutor econômico, dedicado à presunçosa tarefa de corrigir deficiências e distorções que a economia de mercado[2] poderia tardar a solucionar por si própria.

Sob essa perspectiva, ao tratar do comportamento estatal frente às interações desencadeadas pela dinâmica econômica, José Afonso da Silva argumenta:

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica. (...) Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições para a expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste.[3]

O presente ensaio se desenvolve a partir do contexto histórico que, após idas e vindas, nos situou no presente momento econômico, em que a ampliação das funções desempenhadas por um Estado em constante hipertrofia desencadeou o processo de desestatização[4] como mecanismo para reequilibrar as contas públicas e concentrar esforços para atender com maior racionalidade e eficiência os compromissos sociais assumidos na Constituição da República de 1988. Com esse propósito, passando de sobrevoo pelos ciclos de privatização instaurados a partir do atual paradigma constitucional, chegaremos ao cenário de intensões que vem se desenhando desde 2016.

Deve-se acentuar, de saída, não se opor neste artigo crítica ao processo de estatização econômica que, inspirado na teoria econômica Keynesiana, foi ensaiado a partir da década de 1930 até o final da década de 1980, tampouco cultuar o subsequente processo de desestatização estabelecido sob a égide da Constituição da República de 1988, que encampou a doutrina neoliberal, especialmente a partir das emendas de revisão constitucional. O presente artigo propõe-se a percorrer

brevemente o cenário jurídico-constitucional e político que nos conduziu até aqui para reportar o papel que o Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição da República e dos valores nela compendiados, desempenhou recentemente no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624.

## **2. A legitimação constitucional para a intervenção direta do Estado na atividade econômica**

Em obra dedicada ao exame da teoria da constituição econômica, Washington Peluso Albino de Souza registra a evolução do discurso intervencionista nas constituições brasileiras[5], referindo à incorporação de elementos do discurso liberal a partir da Constituição Política do Império do Brasil de 1824[6] e sua preservação na Constituição da República de 1891, marcada pela mudança do regime monárquico para o republicano, nelas não se prevendo, ao menos expressamente, a atuação direta do Estado na economia[7].

A Constituição da República de 1934[8], por sua vez, representou significativa mudança nesse cenário ao inserir expressamente no ordenamento jurídico-político a ordem econômica e social, que passaria a conformar e compatibilizar a interpretação do texto constitucional. A esse propósito, destaca-se a previsão constitucional segundo a qual a ordem econômica seria organizada “conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”[9]. A vocação marcadamente nacionalista e intervencionista que então se inaugurava no Brasil pode ser exemplificada, ainda, na previsão de nacionalização progressiva dos bancos de depósito, das empresas de seguros, das minas, jazidas minerais e quedas d’água[10], na autorização para “monopolizar determinada indústria ou atividade econômica” por motivo de interesse público e mediante autorização em lei especial e na fiscalização das tarifas de serviços explorados por concessionários limitando seus lucros para que “não excedam a justa retribuição do capital”[11].

Ao incorporar ao texto constitucional preceitos constitutivos e organizadores da atividade econômica, sistematizando a interação entre o direito e a economia, entre o Estado e os demais agentes econômicos, formalizou-se em nosso ordenamento jurídico o primeiro modelo de constituição econômica, plenamente adequado ao seguinte conceito traçado por Vital Moreira:

A CE é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por



isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta. [12]

No mesmo sentido, José Afonso da Silva enfatiza que “A constituição econômica formal brasileira consubstancia na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica”. [13]

A Constituição da República de 1937, ao seu turno, outorgada em ambiente ditatorial de nossa história, acentuou o discurso nacionalista inaugurado na constituição pretérita ao explicitar que a intervenção do Estado no domínio econômico estaria voltada à garantia do interesse público e da prosperidade nacional, legitimando-se apenas para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado” [14].

Seguiu-se a Constituição da República de 1946, que expressou a preocupação em se conciliar “a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho” [15] e atenuou o discurso intervencionista e nacionalista, erigindo requisitos mais restritivos à intervenção, como a necessidade de “lei especial [para] intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade” e enfatizando que “A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição” [16]. A atuação como agente regulador da economia passou a se justificar pela repressão ao abuso do poder econômico [17].

A Constituição da República de 1967, produzida na égide do governo militar, dispôs em princípios os elementos finalísticos da ordem social dirigida à realização da justiça social e, além de expressar a possibilidade de intervenção estatal por questões de segurança nacional, inovou ao facultar a atuação para “organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa” [18], socializando com os contribuintes os custos dessa interferência. Contudo, enunciou a atuação direta do Estado na economia apenas de forma subsidiária, situação em que atuaria em igualdade de condições com a iniciativa privada [19].

A Emenda Constitucional n. 1/1969 acresceu o “desenvolvimento nacional” como finalidade da ordem econômica ao lado da justiça social e enunciou seus princípios, não trazendo importantes inovações quanto à intervenção direta do Estado na economia.

Por fim, sobreveio a Constituição da República de 1988, cujo viés neoliberal consagrou os elementos constitutivos da economia de mercado (livre iniciativa e livre concorrência), ao passo que circunscreveu a exploração direta de atividade econômica pelo Estado às hipóteses de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, de forma subsidiária[20] ou supletiva, e desde que despojado de suas prerrogativas de poder público, sujeitando-o a condições equivalentes às da iniciativa privada. Manteve, por outro lado, o papel regulador e fiscalizador do Estado sobre os demais agentes econômicos.

A partir desse substrato heterogêneo, sobre o qual de um lado repousa o liberalismo atenuado e de outro a necessidade de promover a justiça social e satisfazer os compromissos assumidos ao longo de décadas, cujo custo econômico tem se tornado cada vez mais difícil suportar, viu-se o Estado impelido a redesenhar seu papel, redimensionando sua participação como agente econômico direito e passando a concentrar-se na regulação da economia, no fomento de atividades sensíveis e na indução do desenvolvimento econômico a partir do qual poderá um dia cumprir o ambicioso projeto de futuro traçado pelo Constituinte de 1988. Desencadeia-se, nesse contexto, o processo de desestatização que tem acompanhado as manchetes desde a década de 1990.

### **3. Da estatização à desestatização econômica, um breve retrospecto sobre a intervenção direta do Estado na economia**

A Revolução de 1930 marcou o fim da República Velha e alçou Getúlio Vargas à Presidência da República, trazendo consigo o discurso político que viria a legitimar a crescente incursão do Estado na cena econômica[21]. Por ser contemporâneo à Crise de 1929 (ou Depressão de 1929), pode-se deduzir sua inspiração na política de intervenção econômica adotada à época nos Estados Unidos da América para recuperar-se da crise econômica e social então vivenciada, o *New Deal*.

A Constituição da República de 1934, como visto, pioneira ao dispor sistematicamente, em título próprio, sobre a ordem econômica e social, lançou as bases que legitimariam a intervenção econômica estatal, o que foi acentuado na Constituição da República de 1937, outorgada durante o “Estado Novo” (1937 a 1945), período marcadamente autoritário e nacionalista no qual se passou a Segunda Guerra Mundial, incidente que rendeu o estímulo necessário ao processo de industrialização do país em substituição as importações, prejudicadas pelo

conflito. O Estado assumiu, então, papel de destaque como agente econômico propulsor da industrialização e do desenvolvimento do país.

A promulgação da Constituição da República de 1946 coroou o restabelecimento de um governo democrático que perdurou até o Golpe de 1964, dando início ao governo ditatorial militar que durou até 1985. O acentuado protagonismo econômico estatal iniciado, especialmente, a partir do Presidente Getúlio Vargas e seu discurso social e nacionalista, ganhou novo impulso nos governos militares que se seguiram, reconhecidamente pródigos na criação de empresas estatais[22] sob o pálio da segurança e do desenvolvimento nacional.

A crescente participação do Estado na economia, associada a outros fatores econômicos internos e externos, contribuiu para o aumento expressivo das despesas e do endividamento público e até mesmo para a criação de certo grau de dependência psicológica dos constantes investimentos públicos, o que desestimulou o aporte de recursos privados em setores como o de infraestrutura.

Com a redemocratização do Brasil e o restabelecimento do ideário de liberdade, positivado com a promulgação da Constituição da República de 1988, trilhou-se o caminho da depuração. A solução encontrada foi a de refrear o ímpeto intervencionista, limitando-o concretamente pelo princípio da subsidiariedade e circunscrevendo-o aos imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, em favor equilíbrio das contas nacionais, iniciando-se um processo de desestatização instrumentalizado pela alienação de ativos estatais ou a concessão a particulares da exploração de serviços antes prestados diretamente, as privatizações *lato senso*. Esse processo não foi orientado exclusivamente por questões pragmáticas de ordem econômica, fiscal ou administrativas, mas também por opções político-ideológicas dos governantes do momento.

Não obstante a polêmica social e política que permeia o assunto[23] e a controvérsia a respeito de seus benefícios e malefícios, o processo de desestatização é um fato que não pode ser descurado. A reforma do Estado e as privatizações iniciadas timidamente a partir de 1989 ganhou corpo com o Programa Nacional de Desestatização instituído pela Lei n. 8.031, de 12.4.1990, que buscava, em linhas gerais, restabelecer a posição do Estado na economia, reduzir a dívida pública, modernizar a infraestrutura e o parque industrial nacional, e impulsionar o mercado de capitais, processo que além de reduzir o tamanho do Estado encorajou a abertura da economia brasileira[24]. No entanto, foi na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso que as privatizações alcançaram seu apogeu[25], com a alienação de empresas dos setores de mineração, telecomunicação, elétrico e

financeiro, passando o Estado a dedicar-se ativamente à regulação de setores da economia a partir da criação de autarquias especiais, as agências reguladoras.

Diferente do que se poderia prever, a ascensão da ideologia de esquerda em 2003 não inibiu esse processo. Ao contrário, diversificou-o, passando a concentrar-se no regime de concessão para produção de energia elétrica e para exploração de ferrovias, rodovias e aeroportos. O episódico governo do Presidente Michel Temer reproduziu essa receita e trouxe como principal legado para o tema a edição da Lei n. 13.303, de 30.6.2016, estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, regulamentada pelo Decreto n. 8.945, de 27.12.2016, e o Decreto n. 9.188/2017, que estabeleceu regras para a adoção de regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais. Por esses diplomas normativos foi estabelecido, entre outros pontos, um procedimento licitatório específico que prevê a dispensa de licitação para a compra e venda de ações pelas empresas estatais por ela abrangidas.

A eleição do atual mandatário maior já denunciava, desde o período eleitoral, ambicioso discurso essencialmente liberal e reformador, que, embora claudique quando testado[26], propõe-se a acentuar o processo de desestatização econômica. Não por outra razão, ventila até mesmo a hipótese de privatizar empresas estatais lucrativas e bem estruturadas, a exemplo da Petrobrás e do Banco do Brasil[27], tidas como as "*jóias da coroa*", flertando também com a retirada de sua atuação de atividades monopolísticas como as desempenhadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

O projeto de privatização proposto pela atual gestão desenvolve-se sobre várias frentes: a privatização *stricto sensu*, as concessões, a desregulamentação de setores da economia e, por fim, o desinvestimento de ativos. Esta última modalidade, antes despercebida, ganhou recente destaque a partir da Lei n. 13.303/2016 e do Decreto n. 9.188/2017, pelo que sobre ela debruçaremos nos tópicos seguintes.

#### **4. O desinvestimento de ativos como modelo de privatização**

O crescente protagonismo estatal na cena econômica, verificado especialmente nas décadas de 50 a 70, não se operou exclusivamente pelo incremento no número de empresas públicas e sociedades de economia mistas nas mais diversas áreas da economia tidas por estratégicas, mas com a ampliação de suas atividades e a expansão de seus negócios mediante a criação de subsidiárias e de coligadas ou pela aquisição do controle acionário de empresas privadas ou não, as controladas. Tome-se como exemplo apenas as subsidiárias e controladas que integram o portfólio dos conglomerados estatais[28] capitaneados pela

Petrobrás[29] e pelo Banco do Brasil [30], composto por mais de 50 empresas, além de sua participação acionária em outras empresas como no Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, no qual a BB Seguridade detinha 15,2% das ações[31].

Esses movimentos empresariais e societários expansionistas, que antes expressavam “*investimentos*”, hoje refletem a necessidade de “*desinvestir*”, para concentrar-se em áreas finalísticas e amealhar recursos indispensáveis para aplacar o alarmante desequilíbrio nas contas públicas que se acentua desde 2014. Essa medida encontra paralelo perfeito na iniciativa privada, quando empresas se desfazem de parte de seus negócios para dedicar-se às suas atividades principais, ganhar eficiência, competitividade e governança que lhes assegure adaptabilidade à conjuntura macroeconômica vigente.

Embora figure entre as modalidades de privatização, tomada em sentido lato, a alienação direta de participação acionária em empresas subsidiárias ou controladas não atraía a mesma atenção da opinião pública e dos atores políticos que as privatizações de empresas estatais da década de 90 e, mais atualmente, a privatização da exploração de serviços mediante concessão. A reviravolta se deu especialmente a partir da promulgação da Lei n. 13.303/2016, regulamentada pelo Decreto n. 8.945/2016, e da edição do Decreto n. 9.188/2017, quando se despertou para a possibilidade da adoção das medidas nelas previstas para escamotear a alienação global de empresas estatais à margem de autorização legislativa e de processo licitatório.

Em atenção ao art. 173, § 1º, da Constituição da República de 1988, a Lei n. 13.303/2016, regulamentada pelo Decreto n. 8.945/2016, estatuiu o jurídico das empresas públicas, pelo qual disciplinou a exploração direta de atividade econômica e a prestação de serviços públicos pelo Estado e estabeleceu regras específicas de licitação (“*processo competitivo*”) que preveem a dispensa de licitação para a compra e venda de ações[32] por empresas estatais. O Decreto n. 9.188/2017, por sua vez, amparado nessas normas, instituiu o regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais (exceto instituições financeiras e bancos de investimento), que prevê a possibilidade de alienação total[33] de ativos de sociedades de economia mista federais.

Por esse instrumento foi criado um regime jurídico especial e híbrido, que mescla características da iniciativa privada e da atividade pública, a fim de alcançar os objetivos aos quais se propõe[34], entre eles a busca pelo maior retorno econômico à sociedade de economia mista e a formação de parcerias estratégicas e o estímulo a eficiência, a produtividade e o planejamento de longo prazo das atividades e dos negócios daquelas sociedades.

A polêmica que se estabelece sobre o tema a partir desses diplomas consiste na ausência de previsão legal expressa a exigir prévia autorização legislativa para a alienação empresas estatais, suas subsidiárias e controladas, exigência que derivaria do art. 37, inc. XIX e XX, da Constituição da República de 1988[35], e da compatibilidade do "*processo competitivo*" criado para esse fim com o inciso XXI daquele preceito constitucional e com os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, que regem a atuação da administração pública.

Segue-se daí a sucessiva judicialização de demandas para obstaculizar iniciativas voltadas à alienação de participações acionárias de empresas estatais, com fundamento naqueles diplomas legais, como se teve no caso da política de desinvestimento proposta pela Eletrobrás, com a alienação de 110 sociedades de propósito específico (SPE)[36], além de companhias de distribuição de energia[37] e, mais recentemente, pela Petrobrás, com a venda da Transportadora Associada de Gás (Tag), da unidade de fertilizantes Araucária Nitrogenados (Ansa) e da participação acionária nas refinarias Abreu e Lima, Landulpho Laves, Alberto Pasqualini e Presidente Getúlio Vargas.

A amplitude e a importância nacional desse debate escalaram, novamente, o Supremo Tribunal Federal como árbitro central da disputa, que contempla o debate jurídico, político e econômico sobre os limites da atuação do Estado no domínio econômico, redesenhado pela Constituição da República de 1988, tendo como pano de fundo a provocação ideológica a respeito do papel a ser por ele desempenhado na redução das desigualdades sociais e na promoção do bem de todos.

## **5. A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.624**

A controvérsia jurídica a envolver a validade constitucional da Lei n. 13.303/2016 e, por arrastamento, dos Decretos ns. 8.945/2016 e 9.188/2017, foi submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 5.624, 5.844, 5.924 e 6.029, atribuídas ao Ministro Ricardo Lewandowski. Nessas ações se questiona a constitucionalidade daqueles diplomas sob os argumentos de: a) extrapolação do alcance do estatuto previsto no art. 173, § 1º, da Constituição da República, pois teria abarcado empresas prestadoras de serviços públicos ou que atuem em regime de monopólio ou exclusividade, as quais não se qualificariam como exploradoras de atividade econômica em sentido estrito (em regime de competição no mercado); b) necessidade de edição de lei em sentido estrito para a alienação de empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, nos termos do art. 37, inc. XIX e XX, da Constituição da República; c) necessidade de processo licitatório para alienar ativos de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas, e também de sociedades

de propósito específico criadas para gerir concessões públicas; e d) invasão da autonomia dos Estados e Municípios.

Em 27.6.2018, ao examinar a medida cautelar requerida naquelas ações, o Ministro Relator chamou a atenção para o que denominou iniciativas de “desestatizações que vem tomando corpo em todos os níveis da Federação, a qual, se levada a efeito sem a estrita observância do que dispõe a Constituição, poderá trazer prejuízos irreparáveis ao País”, e concluiu que o Estado não pode “abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente autorizada por lei, sem a necessária participação do seu órgão de representação popular, porque tal decisão não compete apenas ao Chefe do Poder Executivo”. [38]

Acrescentou, ainda, que a previsão legal de dispensa de licitação contida no art. 29, *caput*, e no inciso XVIII da Lei n. 13.303/2016 não poderia ser aplicada à venda de ações que possa importar na perda do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas, mas apenas à hipótese em que não haja a perda desse controle. Sob esses fundamentos, deferiu o provimento cautelar, em parte, para conferir interpretação conforme ao art. 29 da Lei n. 13.303/2016, de modo a exigir prévia autorização legislativa e afastar a dispensa de licitação para a alienação de ações que representem a perda de controle de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

A questão foi trazida ao Plenário do Supremo Tribunal, que, em 5 e 6.6.2019, ao examinar a proposta de referendo da decisão cautelar do Ministro Relator, decidiu por referendá-la apenas em parte [39].

Ao propor o referendo do colegiado, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que a intervenção do Estado na economia se daria apenas nos casos excepcionais descritos na Constituição República e que a atuação legislativa concreta seria indispensável para autorizar a criação das empresas estatais e suas subsidiárias ou a participação destas em empresas privadas, o que, pelo princípio do paralelismo das formas, deveria importar também na necessidade de autorização legislativa prévia para alienar o controle acionário. Apoiado na premissa segundo a qual o Estado não poderia desincumbir-se da exploração de determinada atividade econômica autorizada por lei sem a participação do Congresso Nacional, concluiu que a transferência de poder de controle de sociedades de economia mista exigiria autorização legislativa, aspecto sobre o qual a norma impugnada teria se omitido, e processo de licitação pública que assegurasse igualdade de condições aos concorrentes. Realçou, também, que a alienação direta de controle acionário não permitiria a necessária competição

pública e que o Decreto n. 9.188/2017 teria extrapolado os limites da regulamentação ao criar procedimento licitatório não previsto na legislação (“o processo competitivo”).

Ao acompanhar o Relator, o Ministro Edson Fachin acrescentou que a exigência de lei nos casos especificados decorre da circunstância de serem as empresas estatais instrumentos de política pública do Estado, meios para a realização dos fins (segurança nacional ou interesse coletivo), e que a Lei n. 13.303/2016, fundamento do Decreto n. 9.188/2017, não teria revogado a Lei 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização), o qual faculta a adoção da modalidade de licitação Leilão para os casos especificados.

O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, assentou ser preciso lei específica para a criação de subsidiária, o mesmo não ocorrendo em relação à sua extinção ou alienação de suas ações, sendo exigida autorização legislativa prévia apenas para a criação das empresas estatais, suas subsidiárias e controladas. Acrescentou que a alienação de ações que provoque a transferência do controle acionário de subsidiária exige a realização de licitação.

Essa compreensão não foi partilhada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que negaram referendo à decisão monocrática do Relator.

Ao proferir o primeiro voto divergente, o Ministro Alexandre de Moraes salientou que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado é medida de excepcionalidade estrita, condicionada pelo imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Salientou que o art. 37, inciso XX, da Constituição da República de 1988 exige lei específica apenas para criar empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja área de atuação será definida em lei complementar, podendo autorizar genericamente que estas criem subsidiárias.

A manifestação legislativa seria, portanto, indispensável para aferição desses requisitos e para autorizar a criação do que tratou como “empresa-mãe”, sendo necessária para esse fim a conjugação de vontades do Poder Legislativo (autorizar) e do Poder Executivo (dar concretude à autorização). Lei específica seria necessária apenas para definir as áreas de atuação econômica e autorizar a criação da “empresa-mãe”, exigindo-se para a criação de subsidiárias apenas autorização genérica na lei instituidora, de modo a possibilitar ao Estado empresário criar, fundir, investir, adquirir ou alienar ações de determinada subsidiária, conferindo-lhe a flexibilidade necessária para sujeitar-se às regras de mercado. Por outro lado, a alienação do controle acionário apenas da “empresa-mãe” exigiria autorização por lei específica, lei em sentido formal, por tratar-se de privatização.



Ponderou que a Lei n. 13.303/2016 disciplinou forma específica de licitação para empresas estatais exploradoras de atividade econômica, norma especial que atenderia os princípios licitatórios e asseguraria competitividade, além de prever hipóteses excepcionais de dispensa (art. 29) e inexigibilidade (art.30), assim como se tem na Lei n. 8.666/1993. Argumentou que, embora a dispensa de licitação para a alienação de ações, seja prevista no art. 29, inciso XVIII, da Lei n. 13.303/2016, o Decreto n. 9.188/2017 teria estabelecido em relação as sociedades de economia mista procedimento competitivo contemplando várias fases para a efetivação do desinvestimento, evitando direcionamentos, favorecimentos e prejuízos ao Poder Público. A essa compreensão se alinhou o Ministro Celso de Mello ao enfatizar que as operações de alienação de controle acionário podem ser realizadas com dispensa de licitação, respeitando os procedimentos competitivos declinados no Decreto n. 9.188/2017, os quais atenderiam os requisitos de publicidade e competitividade.

Também pela negativa de referendo à decisão, o Ministro Roberto Barroso adotou discurso arrojado, ao acentuar que a Constituição da República de 1988 não exige autorização legislativa sequer para a venda de ações que importe na perda do controle acionário, pois as empresas estatais e suas subsidiárias estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, que não exige essa mesma providência da iniciativa privada. Assinalou a inaplicabilidade do princípio do paralelismo das formas ao caso por não reconhecer correlação entre criar empresa e vender suas ações. Argumentou que a razão pela qual se exige lei específica para a criação de empresas estatais decorre da excepcionalidade da atuação do Estado no campo econômico e que, por isso, a participação do Congresso Nacional seria necessária. Sendo a não intervenção ou o desinvestimento a regra emanada da Constituição da República e 1988, não se poderia exigir autorização legislativa, tampouco lei específica, para a alienação de ações ainda que importe na perda de controle da empresa. Realçou ser válida a previsão de dispensa de licitação estabelecida no art. 29, inciso XVIII, da Lei n. 13.303/2016, que teria respaldo no art. 37, inciso XXI, da CF/88, devendo-se assegurar que o procedimento de alienação adotado permita a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e garanta a competitividade entre potenciais interessados, o que estaria atendido no processo competitivo descrito no Decreto n. 9.188/2017.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, compreendeu que a extinção assim como a alienação do controle acionário sobre as empresas estatais e suas subsidiárias exige autorização legislativa e, no que respeita à dispensa de licitação para o desinvestimento de ativos, destacou inexistir óbice à fiscalização da regularidade do processo pelo Tribunal de Contas da União. Argumentou que a mudança de paradigma pelo qual passou o Direito Administrativo moderno e o advento de nova

disciplina de licitações voltada à nova realidade econômico-financeira do Brasil não poderia ser avaliada a partir do entendimento jurisprudencial anteriormente consagrado.

As Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber e os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli adotaram posição intermediária, da qual se extraiu o voto médio prevalecente do julgamento.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia destacou ser indispensável autorização legislativa prévia e específica para a criação de empresa-matriz, assim também para aliená-la, o que não se faria necessário em relação às subsidiárias, as quais poderiam ter sua criação genericamente autorizada na lei que instituiu a empresa-matriz e, pelo princípio do paralelismo das formas, dispensariam autorização legislativa específica para sua alienação.

A Ministra afirmou que, se o Estado não está obrigado a constituir a empresa estatal, porque não vinculado à autorização dada pelo Poder Legislativo, poderia deixar de dar efetividade à autorização e afastar-se de determinada área pelo desinvestimento. Assentou que, embora não seja necessária a edição de lei específica ou autorização legislativa prévia, a alienação da empresa-matriz, de suas subsidiárias e controladas exige licitação pública ou processo competitivo.

A Ministra Rosa Weber referendou a medida cautelar quanto à necessidade de prévia autorização legislativa, ainda que genérica, para a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas sempre que da operação decorra a perda do controle da empresa. Assentou ser a licitação exigível apenas para a venda da empresa-matriz, podendo as subsidiárias e controladas serem alienadas pelo processo competitivo, respeitados os princípios que regem a atuação da Administração, exceto se tal alienação estiver inserida em um plano de desestatização, ocasião em que a licitação se torna obrigatória.

Para o Ministro Gilmar Mendes, se a lei de criação da empresa-matriz previu ainda que genericamente a possibilidade de criação de subsidiárias, por paralelismo é possível a alienação de suas ações ainda que importe a perda do controle acionário, sem que tanto exija autorização legislativa específica. Realçou ainda que o procedimento licitatório para o desinvestimento de ativos deve espelhar os princípios da licitação (isonomia, impessoalidade, moralidade e seleção da proposta mais vantajosa), o que teria sido alcançado com o Decreto n. 9.188/2017.

O Ministro Dias Toffoli arrematou o julgamento apontando a necessidade de lei específica para autorizar a criação da empresa-matriz e a alienação de seu

controle acionário. No que pertine às subsidiárias, afirmou ser dispensada a edição de lei se a sua criação tiver sido autorizada, mesmo genericamente, na lei de criação da empresa-matriz. Reputou válida a dispensa de licitação para a alienação de controle acionário das subsidiárias, respeitados os procedimentos competitivos declinados no Decreto n. 9.188/2017.

Nos debates que sucederam naquela assentada de julgamento, o potencial ideológico da controvérsia sobre a definição do papel do Estado, já antecipado pelo Ministro Relator por ocasião do exame cautelar, foi explorado implícita ou explicitamente nos votos demais ministros. Sobre esse aspecto do julgamento, o Ministro Roberto Barroso chega a afirmar:

Acredito - se me permite só mais um brevíssimo comentário - que, no fundo, nós estamos travando um debate político disfarçado de discussão jurídica, que é a definição de qual deve ser o papel do Estado e quem deve deliberar sobre este papel no Brasil atual. Eu acho que é uma decisão do Executivo. Eu creio que há uma legislação que autoriza esse encaminhamento. E penso - esse já é um debate político - que nós vamos ter que superar esse fetiche do Estado protagonista de tudo e criar um ambiente com mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimentos sociais e menos Estado e governo, salvo para as redes de proteção social a quem precisa e a prestação de serviços públicos de qualidade. Mas esse é o debate ideológico subjacente.

De fato, os votos proferidos, quando agrupados, evidenciam a contraposição de duas visões essencialmente distintas sobre o papel a ser desempenhado pelo Estado na seara econômica. A controvérsia jurídica em foco colocou em planos opostos os Ministros Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Marco Aurélio, com inclinação mais tolerante à intervenção e, por isso, resistentes em favorecer a retirada do Estado da economia por vontade exclusiva do Poder Executivo. Em posição antagônica os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, com posicionamento mais liberal, pela possibilidade de retirada da economia sem maiores dificuldades e formalidades. Por fim, o grupo intermediário e moderado, composto pelos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Gilmar Mendes, que admite a retirada facilitada apenas para o caso de desinvestimento de ativos com a alienação de subsidiárias e controladas, mas inadmite a alienação do controle das empresas-matrizes por vontade unilateral do Poder Executivo.

É possível depreender que o desate da questão envolveu diferentes visões sobre a legitimidade e necessidade de intervenção estatal na atualidade. De um lado, uma visão publicista a validar a atuação subsidiária e supletiva do Estado e, de outro, a visão liberal, que apoiada na premissa de que o Estado sequer deveria atuar como explorador direto da atividade econômica e, por isso, sua retirada deve ser favorecida.

## 6. Conclusão

Não é possível precisar se o cenário histórico e econômico vivenciado a partir da década de 30 impôs alterações no texto constitucional como forma de justificar a crescente incursão do Estado brasileiro no campo econômico ou se se fez necessária prévia conformação jurídico-política para que tal invasão se operasse. Como acentuado, não é possível dissociar política e economia, pois ambas se condicionam e, de maneira peculiar, sua interação deixa pistas do passo evolutivo seguinte.

Ao longo do texto foi possível constatar que a economia e as construções jurídico-políticas representadas nas constituições brasileiras trafegam em trilhos paralelos, que, separados por estreitas faixas, teimam em se tocar. A evolução da intervenção estatal no domínio econômico bem reflete esse processo de avanços e retrocessos, que sempre retorna ao ponto de partida, a uma pergunta que embora essencial nunca foi satisfatoriamente respondida: Qual deve ser o papel do Estado?

O fenômeno econômico se revela em constante mutação e reordenamento, pelo que a definição do que vem a ser o papel do Estado no contexto econômico, assim como os limites de sua atuação, deve igualmente variar, ainda que apoiado sobre um mesmo texto constitucional, podendo-se dele extrair uma exegese mais ou menos ampliativa, seja adotando-a como regra de regência dos fatos econômicos atuais, seja como norma programática que guiará futura produção legislativa. Segurança nacional sob a ótica de um governo militar e autocrático em pleno pós-guerra há de ser mais abrangente que em um contexto de paz e de alvorecer democrático. A noção de subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico deve variar, igualmente, em um cenário de industrialização incipiente ou em um estágio mais avançado de maturidade econômica.

Não por outra razão os atuais Ministros do Supremo Tribunal puderam variar tão acentuadamente entre si e em relação aos integrantes de composições anteriores na exegese conferida aos arts. 37, incisos XIX e XX, e 173, § 1º, da Constituição da República de 1988. Embora em um exame ainda precário da ação, a corrente majoritária que se formou a partir dos votos médios proferidos no

juízo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.624-MC sugere um caminho de atenuação da rigidez como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha tratando a alienação de ativos de empresas estatais e a exigência de participação ativa do Poder Legislativo nesse processo, que ficaram adstritas às denominadas empresas-matrizes, não alcançando suas subsidiárias e controladas.

O sombrio cenário de grave crise econômica instaurado nos últimos anos e de constantes descobertas de esquemas de corrupção no seio de empresas estatais pode ter contribuído como elemento volitivo exógeno para a evolução interpretativa verificada, a qual haverá de traçar novos contornos para atuação econômica do Estado. Sua recondução aos bastidores da economia, ao papel de coadjuvante econômico essencial, vocacionado regulação e fomento de atividades essenciais parece ser a trilha mais provável a se percorrer para a consagração da livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil, e o alcance dos objetivos fundamentais declinados no art. 3º, em especial o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem coletivo.

O protagonismo antes assumido como agente econômico, fruto do processo histórico que hoje cobra do Estado a ressignificação de seu papel, está cedendo lugar para uma atuação estatal efetivamente subsidiária e pontual. Para que esse salto evolutivo alcance sua plenitude se afigura indispensável o permanente alinhamento entre os três Poderes da República para a formatação de um Estado mais moderno e eficiente e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.624-MC, ainda que provisório, sinaliza que esse caminho já começou a ser percorrido.

## 7. Referências

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado Contemporâneo*, 1ª edição, São Paulo: Ícone, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao64EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao64EMC69.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Decreto n. 9.188, de 1º de novembro de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9188.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm). Acesso em: 9 set. 2019.

CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

MISES, Ludwig von. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica*. Faculdade de Direito de Coimbra, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 16ª edição, 2014.

PEDROZA, Henrique Emanuel Gomes. *Privatizações sob a ótica do direito privado: desigualdade contratual e fiscalização*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NOTAS:

[1] CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 26.

[2] Sobre a economia de mercado e seus pressupostos, Ludwing von Mises, destaca que "a construção imaginária de uma autêntica economia de mercado, ou seja, de uma economia não obstruída, pressupõe (...) que o funcionamento do mercado não é obstruído por fatores institucionais. Pressupõe que o governo, o aparato social de compulsão e coerção, pretenda preservar, ou seja, abster-se de impedir o funcionamento do sistema de mercado, protegendo das tentativas de transgressão e abuso. O mercado é livre; não há interferência de fatores estranhos ao mercado, tanto nos preços, como nos salários e nos juros. Partindo desses pressupostos, a economia tenta elucidar a operação de uma autêntica economia de mercado. Somente num estágio posterior, depois de ter exaurido tudo o que pode ser apreendido pelo estudo dessa construção imaginária, a ciência econômica passa a examinar os vários problemas provocados pela interferência do governo e de outras organizações que empregam coerção e compulsão no mercado" (MISES, Ludwing von. *Ação humana: Um tratado de economia*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 293).

A economia de mercado seria, assim, o modelo idealizado a partir da compreensão segundo a qual a economia deveria ser regida apenas pelos agentes econômicos privados, agentes internos da economia, cuja inter-relação definiria preços, salários, juros e lucro, sujeitando-se à soberania do consumidor, destinatário final de todos os produtos e serviços. Esse sistema econômico dispensaria a intervenção estatal por dispor da capacidade de se autorregular segundo as leis de mercado (oferta e

procura) e da livre concorrência, corrigindo os desequilíbrios e distorções internas, quando necessário, pelo que o economista Adam Smith, teórico do liberalismo econômico, nominou como "a mão invisível" do mercado.

[3] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 800.

[4] Há significativa controvérsia sobre o emprego do vocábulo desestatização como sinônimo de privatização. Sobre o tema, Henrique Emanuel Gomes Pedroza leciona que "a melhor solução para o deslinde desta questão parece ser a seguinte: a lei que instituiu o Programa Nacional de Desestatização não deixa claro que o termo de privatização é espécie do conceito mais abrangente desestatização; sem dúvida apenas mais se ocupa de alienação, embora trate de transferência para a iniciativa privada de delegação de concessões e permissões. Portanto, os conceitos de privatização e desestatização se equivalem, se não em perfeita sinonímia, ao menos marcando o mesmo fenômeno jurídico sob a ótica do direito público (desestatização) e sob a ótica do direito privado (privatização)" (PEDROZA, Henrique Emanuel Gomes. *Privatizações sob a ótica do direito privado: desigualdade contratual e fiscalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.118).

Toma-se aqui, de empréstimo, a conceituação oferecida por Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, para quem "o conceito de desestatização possui um caráter ideológico, no sentido de ter-se tornado um fim perseguido pela sociedade contemporânea. Constitui, de outro lado, um amplo movimento da sociedade contemporânea em direção a mais democracia e maior autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado. Com esse significado, possui um sentido mais amplo que contém as noções de privatização e desregulamentação. Enquanto a desestatização, como fim perseguido, situa-se no terreno ideológico deste final de século, privatização e desregulamentação situam-se no campo da realidade concreta, objetiva pelo direito, consubstanciado nos atos e leis decorrentes" (AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado Contemporâneo*, 1ª ed. São Paulo: Ícone, 1996. p. 41).

[5] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 406-440.

[6] Em seu derradeiro artigo, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 estabeleceu que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos Brasileiros teria por base o trinômio liberdade, propriedade e segurança.

[7] O autor destaca que, a despeito da ausência de previsão constitucional explícita permitindo a intervenção direta do Estado na economia, o Convênio de Taubaté é



apontado como exemplo de intervenção estatal para o controle artificial do preço do café em resposta à pronunciada safra ocorrida em 1906.

[8] A Constituição da República de 1934 foi formatada a partir do término da revolução constitucionalista de 1932, cuja principal reivindicação era a instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte para disciplinar os poderes ditatoriais desempenhados pelo Presidente Getúlio Vargas.

[9] CR/1934: "Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica."

<sup>101</sup> CR/1934: Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

[11] CR/1934: "Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços".

[12] MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica*. Faculdade de Direito de Coimbra, 1974. p. 35.

[13] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 805.

[14] CR/1937: "Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá

ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

[15] CR/1946: “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

[16] CR/1946: “Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”

[17] CR/1946: “Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

[18] CR/1967: “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social (...)

§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

§ 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.”

[19] CR/1967: Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

[20] José Alfredo de Oliveira Baracho reproduz a seguinte formulação do princípio da subsidiariedade em sua acepção econômica trazida por Vladimiro Lamsdorff-

Galegane: *"a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum, mas aquilo que os particulares não podem, não as ou não querem fazer por si mesmas. A necessidade da intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente e cessa rapidamente assim que os particulares voltem a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia"* (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 37).

Ao tratar dos princípios gerais do direito administrativo, Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que o princípio da subsidiariedade induz que *"somente as demandas que, por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e coercitiva, inclusive com centralização de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade através de suas organizações, deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à da sociedade"* (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 16ª edição. 2014, p. 93).

[21] Não se pretende sugerir ao leitor que o Estado Brasileiro somente passou a adotar instrumentos de política econômica no século passado, apenas que o modelo de intervenção direta na economia passou por um processo de legitimação constitucional que ganhou impulso a partir da década de 1930.

[22] Entre 1930 e 1985 foram edificadas as bases da intervenção do Estado Brasileiro na economia, com a criação de dezenas de empresas públicas e sociedades de economia mista federais, sendo exemplos: Companhia Siderúrgica Nacional (1940), Companhia Vale do Rio Doce (1942), Fábrica Nacional de Motores, Companhia Hidroelétrica do São Francisco (1945), Banco do Nordeste do Brasil (1952), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (1952), Petróleo Brasileiro – Petrobrás (1953), Furnas Centrais Elétricas (1957), Rede Ferroviária Nacional (1957), Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás (1961), Serviço Federal de Processamento de Dados (1964), Empresa brasileira de Telecomunicações (1965), Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (1969), Empresa Brasileira de Aeronáutica (1969), Petrobrás Distribuidora (1971), Indústrias Nucleares do Brasil (1971), Telecomunicações Brasileiras – Telebrás (1972), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (1972), Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (1972), Centrais Elétricas do Norte do Brasil (1973), Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (1974), Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – Dataprev (1974), Eletrobrás Termonuclear – Eletronuclear (1975), Empresa Gerencial de Projetos Navais (1982) e Companhia Brasileira de Trens Urbanos (1984), apenas para mencionar as mais conhecidas.

Nesse período foram criadas as principais empresas estatais e desenvolvido um aparato intervencionista que somente foi desidratado após a redemocratização e a promulgação da Constituição da República de 1988.

[23] Essa controvérsia que não deixa de ter matiz ideológica ao antagonizar a defesa dos mais vulneráveis como expressão nos direitos fundamentais, dos direitos sociais e do dever de proteção a ser desempenhado pelo Estado face a um capitalismo predatório e impiedoso. Os benefícios advindos da diminuição dos custos e do tamanho do Estado, do incremento da eficiência e da produtividade que notabilizam a iniciativa privada, além do potencial desenvolvimento tecnológico que a injeção maciça de recursos pode acarretar (e o Estado não dispõe desses recursos) são colocados em contraposição com o risco de que pessoas ou localidades em que a prestação de serviços públicos essenciais atualmente disponibilizados pelo Estado não se justifique em uma relação de custos, o que os deixaria em situação de vulnerabilidade e desassistência. Outra polêmica envolvendo o tema diz respeito a seletividade das privatizações, que incidiriam naturalmente sobre as empresas mais saudáveis, e a possibilidade de se transferir para a iniciativa privada ativos valiosos a preços subdimensionados, o que representaria dilapidação do patrimônio público em benefício de poucos, podendo vir a configurar o que chegou a ser tratado no Brasil como "*privataria*".

[24] Entre as empresas privatizadas na égide do Programa Nacional de Desestatização, destacam-se a Usiminas (1991) e a Companhia Siderúrgica Nacional (1993).

[25] Nesse período foram privatizadas a Companhia Vale do Rio Doce, a Telecomunicações Brasileiras – Telebrás, Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel (1998) e a Rede Ferroviária Federal, concedida à iniciativa privada.

[26] Em poucos meses de governo a essência liberal de seu discurso político foi contestada, podendo-se tomar como exemplos as sinalizações de que poderia intervir nos preços da gasolina e nas taxas de juros praticadas por bancos públicos ou quando sucumbiu às pressões de grupos organizados a favor do tabelamento de preços de frete. Por outro lado, sua agenda liberal é retomada quando se empenha na privatização de empresas públicas, suas subsidiárias e controladas, quando promove reformas do Estado, racionalizando os trabalhos com a redução de ministérios, e articula a aprovação das reformas tributária e da previdência social, ou mesmo quando editou a Medida Provisória n. 881, de 30.4.2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

[27] A pretensão de se desfazer de ativos rentáveis reacende o debate sobre a necessidade e utilidade das privatizações e inflama o discurso ideológico segundo o qual as privatizações representariam a mera transferência do patrimônio público para grupos privados privilegiados, afastando o Estado do cumprimento dos objetivos fundamentais da República estabelecidos no art. 3º da Constituição da República de 1988.

[28] O art. 2º, inc. V, do Decreto n. 8.945/2016 conceituou o conglomerado estatal como o "*conjunto de empresas estatais formado por uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista e as suas respectivas subsidiárias*"

[29] BB Leasing Company Limited - Ilhas Cayman, BBTUR Viagens e Turismo Ltda, BB Gestão de Recursos Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., BB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, BB Corretora de Seguros e Administradora de Bens S.A., BB Administradora de Cartões de Crédito S.A., BB Banco de Investimento S.A., BB ELO Cartões Participações S.A., BB Administradora de Consórcios S.A., BB Seguros Participações S.A., BB COR Participações S.A., BB Seguridade Participações S.A., entre outras.

[30] Petrobras Gás S.A., Braspetro Oil Services Company, Petrobras Colombia Limited, Petrobras America Inc., Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A., Petróleo Brasileiro Nigéria Limited; Petrobras Transporte S.A., Petrobras Logística de Exploração e Produção S.A., Petrobras Negócios Eletrônicos S.A., Petrobras Comercializadora de Energia Ltda., Petrobras Biocombustível S.A., Transpetro International, Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A., Refinaria Abreu e Lima S.A., entre outras.

[31] <https://valorinveste.globo.com/relatorios/relatorio/irb-brasil-resseguros-finalmente-privatizada.ghtml>

[32] Lei n. 13.303/2016: "*Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.*

*§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*

(...)

*II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.*

*§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.*

*Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:*

*(...)*

*XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.*” (grifamos).

[33] Decreto n. 9.188/2017: “Art. 1º Fica estabelecido, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, e no âmbito da administração pública federal, o regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades, nos termos deste Decreto.

*§ 1º As disposições previstas neste Decreto aplicam-se às sociedades subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista.*

*(...)*

*§ 3º O regime de que trata o caput poderá abranger a alienação parcial ou total de ativos*” (grifamos)

[34] Decreto n. 9.188/2017: “Art. 2º O regime especial de desinvestimento de ativos previsto neste Decreto tem os seguintes objetivos:

*I - incentivar a adoção de métodos de governança corporativa que assegurem a realização do objeto social pela sociedade de economia mista;*

*II - conferir transparência e impessoalidade aos processos de alienação;*

*III - garantir segurança jurídica aos processos de alienação por meio da observância da legislação e das demais normas aplicáveis;*

*IV - permitir a fiscalização, nos termos da legislação;*

*V - garantir a qualidade e a probidade do processo decisório que determina o desinvestimento;*

*VI - permitir a obtenção do maior retorno econômico à sociedade de economia mista e a formação de parcerias estratégicas;*

*VII - estimular a eficiência, a produtividade e o planejamento de longo prazo das atividades e dos negócios afetos à sociedade de economia mista;*

*VIII - aproximar as sociedades de economia mista das melhores práticas de governança e gestão reconhecidas pelo setor privado;*

*IX - proporcionar ambiente de previsibilidade e racionalidade para a tomada de decisão pelos agentes envolvidos no setor; e*

*X - garantir a sustentabilidade econômica e financeira da sociedade de economia mista."*

[35] *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:*

*XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*

*XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

[36] <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/plano-de-desinvestimento-da-eletronbras-tem-venda-de-participacao-em-110>

[37] O projeto de desinvestimento apresentado pela Eletrobrás contemplava a alienação de companhias de distribuição de energia elétrica, como a Companhia

Boa Vista Energia, a Companhia Energética de Alagoas - Ceal, a Companhia Energética do Piauí - Cepisa, a Centrais Elétricas de Rondônia - Ceron, a Companhia de Eletricidade do Acre - Eletroacre e a Amazonas Distribuidora de Energia.

[38] Decisão publicada no Diário da Justiça eletrônico n. 129, de 28.6.2018.

[39] A íntegra do julgamento foi transmitida pela TV Justiça, podendo ser encontrado nos seguintes endereços: [https://www.youtube.com/watch?v=PB5\\_Mvrwmxs&list=PLippyY19Z47u6rBtROmxzPXTVCYF5mEGr&index=1](https://www.youtube.com/watch?v=PB5_Mvrwmxs&list=PLippyY19Z47u6rBtROmxzPXTVCYF5mEGr&index=1); <https://www.youtube.com/watch?v=0tG9d537wsM&list=PLippyY19Z47u6rBtROmxzPXTVCYF5mEGr&index=2>; <https://www.youtube.com/watch?v=8Ti8Zg7CuK8&list=PLippyY19Z47s2SwJ0o8wcXatdayI6CvRS&index=2> e <https://www.youtube.com/watch?v=US9yuqXXyrw&list=PLippyY19Z47s2SwJ0o8wcXatdayI6CvRS&index=4>



## O IMPEACHMENT NO BRASIL: UMA SENTENÇA REDIGIDA POR POLÍTICOS

**FILIFE LUIZ MENDANHA SILVA:**

Formado em Direito pela PUC/MG, pós graduado em Direito Público pela PUC/MG, especializando em Administração Pública, Planejamento e gestão governamental pela Fundação João Pinheiro.

MARCELO KOKKE GOMES[1]

(Orientador)

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar o instituto do impeachment como configurado no ordenamento jurídico brasileiro, em meio a suas faces jurídicas e políticas que englobam o procedimento. O trabalho, municiado dos métodos hipotético-dedutivo, tem como objetivo principal ponderar o quanto a influência política e seus critérios podem induzir o processo de impeachment e de que maneira tais aspectos estritamente pessoais podem se sobrepor ao ordenamento jurídico vigente. Neste diapasão, o estudo examinou o instituto sob uma ótica jurídica, através das disposições formais do procedimento, tendo como escopo a Constituição da República Federal do Brasil e a Lei Especial de 10 de abril de 1.079. Concluindo que o procedimento do impeachment, regulamentado por legislação federal, é um processo *sui generis* que está mais permeado pelo viés político.

Palavras-chave: Impeachment. Crime de Responsabilidade. Natureza jurídica política. Direito Constitucional.

**ABSTRACT:** The present study aims at analyzing the institute of impeachment as configured in the Brazilian legal system, in the midst of its legal and political aspects that encompass the procedure. The hypothetical-deductive methods work has as main objective to ponder how much the political influence and its criteria can induce the process of impeachment and in what way such strictly personal aspects can overlap with the current legal order. In this context, the study examined the institute from a legal point of view, through the formal provisions of the procedure, having as scope the Constitution of the Federal Republic of Brazil and the Special Law of April 10, 1,079. Concluding that the impeachment procedure, regulated by federal law, is a *sui generis* process that is more permeated by political bias.

Keywords: Impeachment. Responsibility Crime. Political nature. Constitutional law.

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como marco principal levantar a discussão por uma análise crítica sobre a natureza do impeachment, permeando as diversas faces do instituto através do viés político e jurídico. Portanto, a finalidade é abordar o procedimento sob a ótica da sua natureza política, a fim de compreender o exercício de jurisdição excepcional do Senado Federal no que tange ao julgamento do processo de impeachment, e também a eventual interferência do poder judiciário neste cenário.

Assim sendo, serão analisados quais são os motivos motores para a eventual instauração do processo de impeachment em face de um agente público, bem como os ritos e os azaques que viabilizam a abertura do mesmo. Ademais, após a instauração, o processamento e o julgamento pelo Senado Federal, contata-se que a máxima punição ao acusado não ultrapassa da esfera política do indivíduo, fato que nos possibilita a questionar a natureza jurídica criminal do processo de impeachment, passando este então a desempenhar uma função política no ordenamento jurídico brasileiro.

Em suma, o trabalho buscou realizar uma análise política em face de um instituto. Para tanto, municiado dos métodos hipotético/dedutivo, pesquisas bibliográficas e estudos jurisprudenciais dos recentes casos que nortearam a sociedade brasileira, fora possível elencar o quanto os critérios políticos nas hipóteses determinantes do processo de impeachment podem se sobrepor aos jurídicos.

Assim sendo, devem-se apontar os fatores que o impeachment poderá sofrer e ser configurado por aspectos de natureza política, analisando sua controversa natureza jurídica, isto é, admitindo-se a possibilidade da destituição do Presidente da República do exercício da sua função, por julgadores que compõe o cenário político brasileiro – Senadores Federais-, os quais formarão sua *opinio delict* sobre o caso através de outros fatores (pressão social, alianças partidárias, emendas parlamentares, relacionamento pessoal com o acusado), não necessariamente utilizando de fundamentos técnico-jurídicos para decidir sobre o mérito objeto da denúncia que deu origem ao processo de impeachment.

Neste cômodo, o primeiro capítulo, serão analisadas correntes que ensejam a controvérsia da natureza do procedimento do impeachment, sendo elas: a natureza jurídica - criminal e a natureza política. Nesse toar, o objeto de estudo afasta-se da superficial aplicação da norma para então expor o fato em sua realidade jurídica, alcançando fatores que nos viabilizam a fomentar tais discussões acerca da real natureza do intuito, tais como: as sanções aplicadas aos agentes, o

poder legislativo enquanto corte jurídica, a intervenção do poder judiciário na decisão e proferida pelo Senado e sua eventual revisão.

Não obstante, frisa-se que o presente trabalho não tem o objetivo de propor discussões políticas acerca do tema, nem fazer qualquer menção ideológica ou partidária sobre os procedimentos de Impeachment já consumados no Brasil. Assim, destaca-se que o cerne deste estudo é a estritamente a análise crítica da técnica do procedimento, não adentrando no mérito da destituição do cargo de Presidente da República de: Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff.

Por tais motivos, atesta-se o quão palpitante e intrigante se mostra o estudo acerca das correntes controversas que sustentam a natureza jurídica ou política do processo de impeachment.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 O impeachment como configurado no ordenamento jurídico brasileiro: entre seus aspectos jurídicos e políticos

*Ab initio*, destaca-se que neste capítulo serão abordados temas que ensejem as principais discussões acerca do processo de impeachment no cenário da República Federativa do Brasil. Assim sendo, será desenvolvida uma análise acerca da natureza jurídica do impeachment, abordado as duas correntes doutrinárias majoritárias: do impeachment que pende para a natureza política, e a tese que defende o instituto como matéria de natureza penal no ramo da esfera jurídica.

*A posteriori*, buscou-se, por meio de uma análise crítica, indagar de que forma o Congresso Nacional, qual seja o Senado Federal, poder responsável para elaborar as leis vigente do país, seria um tribunal parcial e legítimo/apto para julgar um crime de responsabilidade cometido pelo maior cargo de chefia no país, o Presidente da República.

Ainda, salientam-se quais são as reais possibilidades que poderá haver a intervenção do poder judiciário no procedimento de impeachment, sua necessidade de fiscalizar o estrito cumprimento da lei e suas limitações de interferências. Por último, procura-se materializar o procedimento analisando os casos já julgados de impeachment na realidade no país, destacando o caso Collor que inaugurou a instauração do processo de impeachment em face de um Presidente da República.

## 2.2 A controversa sobre a natureza jurídica do impeachment

Em primeira análise, frisa-se que o instituto do Impeachment esteve presente na história brasileira consubstanciado de muitas formas, mas apenas no ano de 1950 com o advento da legislação especial Lei nº 1.079/50 que regulamenta o processo em estudo, é que tal figura tomou corpo e forma, sendo materializada na esfera legislativa do Brasil, tornando um instrumento de regulamentador dentro do ordenamento jurídico que conduz nosso país.

É importantíssimo mencionar que o processo de impeachment deve ser visto pela sociedade como algo extraordinário e de Carter excepcional, de forma que não torne algo corriqueiro e habitual, vez que a democracia e o respeito a decisão da maioria dentro do nosso sistema eleitoral deve ser respeito e tratado como regra geral de um Estado democrático de direito.

Neste ponto, essa forma de controle jurídico-social serve como uma válvula de escape e um incentivo ao exercício da moralidade pública dentro de um governo, haja vista que, caso o agente político viole alguns de seus deveres e obrigações como governantes, deverá sofrer penalidades que resultem como consequência a aquele ato que não deveria ser praticado no âmbito da administração pública.

Todavia, para ser julgado na forma e nos ditames da Lei do impeachment, o crime cometido pela autoridade pública deverá nitidamente afrontar a Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, um crime político. Assim, este instituto resguarda para si, a legitimidade de condenar e afastar a autoridade que pratique atos ou se omita a praticá-los, no cerne dos interesses do Estado, do governo ou de seu sistema político como um todo, ou seja, que ameaça à ordem institucional vigente.

Nomeados de crimes de responsabilidade, o cometimento destes inaugura o processo de impeachment em face da autoridade pública que fora o infrator e realizou a tipificação legal, dentro dos limites do conceito tripartite de crime. Contudo, tal procedimento essencialmente jurídico, por regulamento em Lei vigente no país, se mostra muitas vezes influenciado e impregnado de caráter político, por ter como julgadores políticos.

Ainda, a natureza jurídica do referido instituto, começa a ser questionada em razão de interferências políticas de suma importância para a efetivação do mesmo.

Neste diapasão, Riccitelli sustenta que, cabe tal argumentação acerca da natureza do procedimento, uma vez que o processo segue desta forma:

A câmara dos deputados aprecia, politicamente, a procedência da acusação e o Senado julga o processo de impeachment. Tal interpretação é discutível, pois há larga margem para apreciação de caráter político, ao se encarar o que seja uma conduta contrária a Constituição. Todavia, se a essa conduta vem definido em lei como configurando crime de responsabilidade, é difícil compreender de que maneira pode a Câmara, sem violar a lei, deixar de reconhecer como tal uma figura na lei descrita. (RICCITELLI, 2006, p.19)

Outrossim, emergem correntes doutrinárias que encontramos posicionamentos os quais defendem a natureza jurídica do processo de impeachment, e outros que sustentam a natureza política do mesmo, sendo necessário uma análise mais aprofundada sobre os fundamentos de tais correntes.

Para alguns autores, que sustentam o processo do impeachment com uma visão politizada, as argumentações não se dão nem quanto ao processo propriamente dito, mas sim, dos crimes que a ele ateam. Neste sentido e dentro dessa linha de raciocínio, argumenta José Frederico Marques:

Não nos parece que o crime de responsabilidade de que promana o impeachment possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertence ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão-somente o caráter de *sanctio jûris* política, tal crime se apresenta como ilícito político e nada mais. (MARQUES, 2000, p. 445).

Ademais, por não se tratar de sanções nitidamente de caráter penal - restritivas de liberdade, restritivas de direitos ou de multa - aos sujeitos que cometeram o ilícito, emerge outra crítica ao constituinte quanto ao órgão julgador do impeachment. Logo, ao delegar a competência de julgamento do impeachment ao Senado Federal, se fez por afastar o crime da esfera jurídica, surgindo premissas no sentido:

O Senado é um tribunal político e não um tribunal de justiça criminal. A sua missão não é conhecer dos crimes de responsabilidade do Presidente da República para puni-lo criminalmente, mas para decretar uma medida de governo, a qual é a destituição do presidente delinquente. (BROSSARD, 1992, p. 78).

Desta feita, o Senado Federal como órgão competente para julgar e processar o processo de impeachment, não possui um viés jurídico – penal nas suas decisões acerca do tema, devido a sua composição ser estritamente formada por políticos, de cargo eletivo e, que por muitas vezes, desconhecem os aspectos formas e materiais do Direito.

### 2.3 O impeachment no Brasil e a natureza política

O jurista, Paulo Brossard, nos esclarece com tamanha propriedade, sobre as fortes interferências políticas no processo de impeachment, demonstrando exímia condução do tema já no delineamento preliminar da definição:

A definição do impeachment vem dando margem a divergências de monta:foi tido como instituição penal, encarado como medida política, indicado como providência administrativa, apontado como ato disciplinar, concebido como processo misto, quando não heteróclito, e é claro, como instituição suigeneris. As divergências resultam, talvez, da defectiva terminologia do Direito Constitucional, mas existem. (BROSSARD,1992, p.76)

O autor supramencionado utiliza como base para a defesa de seu posicionamento acerca da natureza do processo de impeachment, através do direito comparado, confrontando o instituto brasileiro com o norte-americano e argentino, onde a natureza é essencialmente política, pois "não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob condições de ordem política e julgado segundo critérios de ordem política" (BROSSARD, 1992, p.76).

Ou seja, o julgamento questionado por Brossard não afasta a utilização de critérios jurídicos, uma vez que "isso ocorre mesmo quando o fato que o motive possua caráter penal e possa sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário" (RICCITELLI, 2006, p.20).

Tal acepção política defendida por Paulo Brossard baseia-se fundamentalmente no modelo americano e argentino, que remove qualquer conotação criminal neste tipo de processo. Nesta linha, acentua que o processo de impeachment é puramente político e não assume identidades de natureza penal ou de procedimento jurídico criminal.

No mesmo sentido, Riccitelli nos ensina:

O então ministro justifica ainda a dificuldade de fixação da natureza do impeachment na apuração de responsabilidade

do Presidente da República, apresentando vários motivos entre eles: a deficiência terminológica do Direito Constitucional; o emprego de vocábulos iguais para designar realidades diversas; [...] as reminiscências do instrumento que foi criminal e que persistem em alguns pontos, apesar da mudança substancial nele operada; pela manutenção das formas e exterioridades do processo judicial; pela presença de fatos que apresentam simultaneamente traços políticos e criminais. (RICCITELLI, 2006, p.20)

Nesta esteira, Themistocles Brandão Cavalcanti (1948) em sua obra "A Constituição Federal Comentada", assevera que ainda que existam tantas discrepâncias, o instituto do impeachment é um processo claramente político que possui como consequência máxima a extinção da capacidade para o exercício de função política, durante certo lapso temporal, não se comunicando em momento algum com as penas criminais dispostas no Código Penal Brasileiro.

A fim de corroborar com a corrente que sustenta a natureza política do instituto do impeachment, Temístocles contribui com o tema esclarecendo o conceito de crime político e a distinção do crime penal, vejamos:

- 1) São delitos políticos os dirigidos contra a organização e o funcionamento do Estado e os direitos dos cidadãos; 2) são políticos também os delitos comuns que constituem a execução de direitos políticos e os atos destinados a favorecer a sua execução; 3) não podem ser considerados políticos aqueles determinados por motivos vis e egoístas; 4) não se consideram políticos os atos de terrorismo. (CAVALCANTI, 1948, p. 338)

Para tanto, ao se manifestar acerca da natureza jurídica do processo de impeachment, José Cretella Júnior, assim se expressa:

tem o impeachment, atualmente, características predominantemente políticas, pois objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e é também, julgado segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório. (CRETELLA JR, 1992, p.106)

Portanto, a luz dos ensinamentos supracitados, percebe-se uma forte tendência política na condução de um processo de impeachment, pois os sujeitos, julgados e julgadores, são políticos, assim como o efeito da condenação, que, apesar de ser jurídico, também produz uma gravíssima consequência política e administrativa, a destituição do cargo, conforme art. 78 da Lei 1.079/1950.

#### 2.4 O impeachment no Brasil e a natureza jurídica criminal

Doutra montra, controverso ao que é defendido pelos doutrinadores citados no tópico acima, o autor Pontes de Miranda sustenta a natureza do instituto de impeachment como jurídica criminal. Para tanto, compete esclarecer que o autor defende a tese criminal em sua obra escrita para comentar a Constituição de 1967, ou seja, não se trata da natureza jurídica do instituto a luz da Constituição Federal vigente no Brasil, contudo, a fim de nos dar uma visão comparativa e diversa das posições acima elencadas, é de suma importância compreender a posição de Pontes Miranda.

Segundo o autor, o principal objetivo do processo de impeachment é remover a pessoa pública do exercício de suas funções e, consequência disso, sua natureza não se configura como política. Assim, sustenta o autor que caso o Presidente da república se renuncie do cargo o qual está em pleno exercício, há perda do objeto do processo de impeachment, não sendo possível o seu prosseguimento. Assim, não cabe instaurar processo político, nem prosseguir no existente, caso o acusado tenha deixado definitivamente as funções que exercia, por que gozava de foro especial. (MIRANDA, 1967, p. 347)

Em sua elucidação, a tese jurídica- criminal se motiva no fato de que a destituição do agente público não se dá de forma unilateral, ou, "não se trata de declaração de vontade unilateral, não-receptícia." (MIRANDA, 1973, p. 356).

Neste sentido, a luz dos argumentos do autor os atos do impeachment no Brasil são atos próprios de processo, como a presença dos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório. Ademais, acrescenta-se que a utilização do termo "impeachment" - que significa impedimento ou impugnação- restaria inadequada, sendo os crimes de responsabilidade previstos em lei federal, figuras criminosas penais.

#### 2.5 O impeachment entre seus contornos jurídicos e políticos

Neste toar, há de se estabelecer uma estrita relação entre as normas jurídicas e a política, isso porque, são os próprios políticos que emanam de poderes para a elaboração de leis que surtiram efeitos a sociedade como um todo, através das suas deliberações e decisões parlamentares.



Assim sendo, segundo Eduardo Mendonça argumenta sobre a aproximação entre política e a força normativa da Constituição em seu artigo “Impeachment: o Direito Constitucional fora dos tribunais”, senão vejamos abaixo:

Em termos simples, deixando de lado discussões filosóficas quanto a conteúdos mínimos extraíveis da ideia de Justiça, uma lei nada mais é do que uma decisão política que transforma determinadas opções em comandos obrigatórios. Tanto assim que o legislador conserva a faculdade de mudar de ideia, revogar a legislação e, assim, trocar as opções vigentes. Enquanto isso não ocorrer, contudo, a garantia do Estado de Direito exige que as normas sejam respeitadas. Vale dizer: a política molda o Direito e tem o poder de alterá-lo, mas não o de atropelar as suas disposições casuisticamente.

No limite extremo representado pelas cláusulas pétreas, determinadas mudanças são vedadas até mesmo pela via das emendas constitucionais e exige nova manifestação do poder constituinte originário, o que pressupõe níveis elevados de mobilização das forças políticas e/ou sociais. (MENDONÇA, 2015).

Nesse sentido, frisa-se que a própria Carta Magna impõe certas restrições a determinadas cláusulas pétreas, o que nem mesmo a vontade política dos legisladores poderá alterá-las, sendo necessária uma nova manifestação do poder constituinte, sendo necessário o enorme apelo social.

Ademais, no que tange a relação entre a o contorno político nas decisões judiciais, é imprescindível que cabe aos juízes e tribunais que chamados a analisar certa questão judicial, deverão decidir com bases no contexto sociocultural que vive, pois, caso não exista um diálogo respeitoso entre suas decisões “com a sociedade, bem como uma distância segura em relação às suas convicções, tende a minar as bases de sustentação de qualquer órgão estatal.” (MENDONÇA, 2015).

## 2.6 O Senado enquanto corte política

Imperativo se faz mencionar neste trabalho, é que, em caráter extremamente excepcional, no caso do processo de impeachment o Senado Federal afasta-se da sua competência para exercer a tutela jurisdicional. Como assim destaca Cretella, o Senado passa a

Exercer a função material de proferir julgamento, prolatando sentença de força jurisdicional, processando e julgando os réus, o Presidente e o Vice-presidente da República, o Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, sempre que se trate de crime de responsabilidade, não de crime comum. (CRETELLA, 1992, p.2)

Ocorre que, a Constituição Federal sustenta a teoria da Separação dos Poderes de autoria de Montesquieu no célebre “o espírito das leis”, a qual nos traz a idéia de que os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) são harmônicos e independentes entre si, a legislação ao permitir ao Congresso nacional o poder de fiscalizar e julgar o Presidente da República do País, salientando não haver possibilidade de recursos da decisão em qualquer outra instância, tal ato pode vir a se configurar como a hegemonia de um poder sobre outro.

Paulo Brossard nos esclarece que pode sim vir a ocorrer o fato de o Senado Federal julgar o crime de responsabilidade cometido pelo Chefe do Executivo, entendendo que “no exercício de suas atribuições específicas, cada Poder é, de certo modo, soberano, incontestável e, portanto, superior aos demais. Mas somente naquilo que lhe é específico, exclusivo, peculiar.” (BROSSARD, 1992, p. 131).

Importante esclarecer, que o legislador ao conferir o Senado Federal tal poder de exercer a tutela jurisdicional neste caso específico, não fora por mera discricionariedade, pois, mister lembrar que a origem de tal costume provém, no entanto, das práticas consuetudinárias britânicas, raízes surgimento do instituto do impeachment.

Lado outro, convém ressaltar que pairam críticas sobre a escolha do Senado Federal como órgão competente para julga o processo de impeachment. Nesta linha, João Barbalho Uchoa Cavalcanti, acrescenta até uma eventual invenção de um Tribunal misto para o julgamento do impeachment, compondo neste colegiado de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Senado em igual número, “equilibrando-se destarte 60 os elementos componentes dessa comissão político-judiciária.” (CAVALCANTI, 2002, p. 97).

Ao analisar a ideia desenvolvida por João Barbalho, torna-se perceptível que o eventual “tribunal misto” não seria de algo predominantemente fora da lógica, porque, caso o julgamento fosse realizados apenas por Ministros da Suprema Corte, estaríamos sob os olhos de uma incerteza, a exemplo da nomeação de seus Ministros serem feita pelo próprio Presidente da República, bem como os “juizes togados são alheios ao maneiio de negócios políticos e governativos”. Noutro norte,

persistem as controversas na legislação que torna o julgamento do processo de impeachment competência exclusivas do Senado Federal, posto que, neste órgão, “(pode-se afirmar sem injúria), nem todos são habilitados para juízes.” (CAVALCANTI, 2002, p. 97).

Em igual sentido confirma Giovanni Batista Hugo, argumenta que, em se tratando de julgamento de impeachments, “não basta o conhecimento das leis comuns; é indispensável também o da vida política.” (HUGO, 1949, p. 135).

O jurista e atual Presidente do Brasil invoca a imprescindibilidade de um viés político do órgão que irá julgar o processo de impeachment, para quem, por conta de oportunidade e conveniência, teria o Senado Federal o poder de apreciar o resultado do julgamento, não obstante ter ocorrido a conduta tipificada. De tal modo,

Não nos parece que, tipificada a hipótese de responsabilização, o Senado haja de, necessariamente, impor penas. Pode ocorrer que o Senado Federal considere mais conveniente a manutenção do Presidente no seu cargo. Para evitar, por exemplo, a deflagração de um conflito civil; para impedir agitação interna. Para impedir desentendimentos internos, o Senado, diante da circunstância, por exemplo, de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo. Foi para permitir esse juízo de valor que o constituinte conferiu essa missão à Câmara dos Deputados (que autoriza o processo) e ao Senado Federal. Não ao Judiciário, que aplica a norma ao caso concreto, segundo a tipificação legal. (TEMER, 2008, p. 169-170)

Porém, com a máxima vênia, o presente trabalho se vê no direito de discordar do exposto acima. Deste modo, atendendo ao parecer da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, deve atentar que o Senado Federal “não julga ou deixar de julgar segundo a sua vontade ou o seu arbítrio, nem determina o processamento segundo os seus interesses ou as suas conveniências” (1993, p. 156-157), ou ao menos assim deveria o ser.

Ainda, chega a ser curioso que o posicionamento de o Jurista Michael Temer, é contrário (caso o Senado não realizasse o Impeachment de Dilma Rousseff) ao fato que lhe conferiu assumir a presidência do país. Portanto, entendo que, o Senado Federal tem o dever de julgar eventuais casos de impeachment, pois o ato prima

de sua competência, e não de mera faculdade. Também, o que se deve notar no prosseguimento do julgamento,

É necessário dizer atentar-se a que o exercício deste dever conferido constitucionalmente ao Senado Federal não passa ao largo das normas jurídicas. Tal desempenho põe-se nos termos da legislação vigente sobre a matéria, a começar pelos princípios processuais constitucionalmente fixados e de que se não pode afastar o órgão julgador, em respeito ao mesmo princípio democrático que obriga a atuação, quando for o caso. (ROCHA, 1993, p. 157).

Nesta ótica, o julgamento do processo de impeachment deve ser proceder conforme o supracitado, sendo presidido e julgado pelo Senado Federal.

## 2.7 A intervenção judicial nos procedimentos de impeachment

Como já discorrido acima, caberá ao poder legislativo – Senado Federal- a tarefa de julgar o processo de impeachment do Presidente da República. Contudo, o que será analisado nesse tópico, é a possibilidade de o Poder Judiciário intervir no instituto objeto deste estudo, uma vez que nesta linha argumentativa, o preceito máximo da Carta Magna de 1988 vigora que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV) (BRASIL, 1988).

Diante da supracitada disposição constitucional, inserida no rol de garantias fundamentais que não podem ser supridas da Carta Magna, é possível concluir que poderá haver a necessidade do poder judiciário intervir no processo de impeachment a fim de que sejam garantidas todas as formalidades legais.

A fim de corroborar com tal argumento, Carlos Eduardo Thompson Lenz ratifica que “considerando-se o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, é impossível excluir-se do exame do Poder Judiciário qualquer lesão a um direito individual, inclusive aquelas que têm origem no processo de impeachment.” (LENZ, 1993, p. 262).

Dentro deste contexto fático, urge mencionar o Mandado de Segurança nº 1.959, o qual o Supremo Tribunal Federal que “[...] a discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder. Ultrapassados estes limites, começa a esfera jurisdicional.” Nesta senda, conforme já mencionado anteriormente, ao ponto em que o processo de impeachment ocorra dentro dos limites de legalidade formal e material, afasta-se a responsabilidade de haver uma intervenção por parte do Judiciário.

Todavia, caso rompa-se com a legalidade do procedimento, far-se-á a necessidade da atuação do poder judiciário, a fim de garantir o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, tendo como objetivo resguardar eventuais direitos subjetivos postos em xeque por parte dos membros do Poder Legislativo quando da condução dos procedimentos. Senão vejamos o que afirma Tolomei:

Apontados como casos excepcionalíssimos nos quais a intervenção judicial seria possível, Paulo Brossard (1992, p. 185 e 186) registra as situações de o Congresso Nacional, ao conduzir o processo, violar expressas disposições constitucionais, tal como a Câmara realizar o julgamento do impeachment no lugar do Senado Federal. (TOLOMEI, 2010, p.131).

Também, em igual sentido, conclui Carlos Eduardo Thompson Lenz:

Em conclusão, o Poder Judiciário, em se tratando de impeachment, poderá, quando provocado, apreciar qualquer lesão a direito individual (art. 5º, XXXV), com fundamento na inobservância do texto constitucional, ou de violação de procedimento estabelecido na lei especial que disciplina o processo por crimes de responsabilidade, sem, contudo, deliberar sobre a ponderação dos fatos, a valoração das provas, ou seja, sobre o mérito do processo de impeachment, que são questões interna corporis do Poder Legislativo. (LENZ, 1993, p. 264).

Porquanto, não seja necessária e permitida a intervenção direta do Poder Judiciário no procedimento de impeachment que ocorra dentro dos limites de legalidade, insta salutar, que o poder judiciário se vê representado pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, a quem fica incumbido à tarefa de presidir a sessão de julgamento no Senado Federal, a fim de que sejam orientadas as conduções dos trabalhos, sendo garantida a serenidade, o contraditório e ampla defesa as sessões que julgaram o processo em tela.

## 2.8 A possibilidade da revisão judicial no procedimento de impeachment

No que diz respeito à intervenção judicial no procedimento de julgamento do impeachment, importante questionar se é possível sujeitar à revisão judicial

aquela decisão prolatada pelos senadores, que resultaram na condenação do agente por crime de responsabilidade.

Sobre o tema, Brossard reflete sobre a eventual legitimidade do poder judiciário para reapreciar a matéria que fora julgada pelo Senado Federal, no sentido de anular, modificar ou até mesmo constituir direito objetivo inobservado durante o procedimento de condenação do impeachment. Segundo o autor,

O Supremo Tribunal Federal, repetidamente, se negou a intervir em processos de responsabilidade. Mais tarde admitiu fazê-lo e, efetivamente, interferiu em alguns casos. Sempre se recusou, porém, a revisar decisões congressuais." (BROSSARD, 1992, p. 155).

Neste contexto fático, imperativo se faz mencionar o debate jurisprudencial enredado entre dois Ex-ministros do Pretório Excelso, relativamente à possibilidade de existir revisão judicial das decisões senatoriais de impeachment.

Se por um lado, o egrégio Ex-ministro Carlos Velloso, sustenta a possibilidade de ao menos em tese, o Poder Judiciário revisar as decisões de impeachment, o Ex-ministro Paulo Brossard, por sua vez, apresenta contra-argumentos a esta tese, nos trazendo a tona que tal argumento se encontra distante da realidade do país, sendo apenas possível ao Poder Judiciário "revisar alguma decisão emanada da Corte Política excepcional caso tal julgamento tenha sido realizado sem a observância de aspectos formais" (TOLOMEI, 2010, p. 135).

### 3 Considerações finais

Diante do explanado acima e após o desenvolvimento do estudo *in caso*, foi possível chegar a certas conclusões acerca do instituto do impeachment, seu processamento, julgamento e principalmente, o viés político que o permeia desde a sua admissibilidade até a eventual sentença condenatória proferida pelo poder legislativo, através dos Senadores Federais.

Preliminarmente, salienta-se que o procedimento de impeachment tem como finalidade conservar a probidade de um agente público no exercício de suas funções, a fim de limitar sua autoridade máxima. Neste íterim, o instituto em tela visa reforçar o princípio de que todo governante deverá ser responsável e responsabilizável pelos seus atos, não sendo senhor do poder que exerce, mas apenas um representante do povo que o elegeu mediante a maioria dos votos, tendo o dever de representá-los de forma correta, leal e com o estrito respeito aos ditames da Constituição da República Federal do Brasil e todas as leis que vigoram no ordenamento jurídico deste país.

Neste sentido, o Brasil sob influência da Constituição norte – americana e no com reflexos oriundos da Inglaterra – país que inaugurou o processo de responsabilização dos agentes públicos -, por meio da Constituição da Primeira República, incorporou em nosso ordenamento jurídico o instituto do impeachment como forma de zelar pela postura proba do Presidente da República limitada aos ditames legais. Ademais, as constituições republicanas *a posteriori*, mantiveram o procedimento do impeachment, sem exceção, ressaltando a necessidade de atribuir aos agentes públicos penalidades e sanções a eventuais atos praticados em desconformidade com os dispositivos da nossa Carta mãe.

Assim, ao longo da história do país o procedimento do Impeachment conquistou mais espaço e visibilidade jurídica, chegando até a figura que é hoje. Isso porque, em menos de 20 anos dois Presidentes da República, eleitos por maioria dos votos popular, foram destituídos do seu cargo, pela excepcional ação jurisdicional do poder legislativo, por meio de sentença condenatória exarada pelos Senadores Federais que concluíram que os mesmos foram responsáveis pelo cometimento do crime de responsabilidade.

Neste toar, merece destaque a observação sobre os crimes de responsabilidade e sua natureza intrinsecamente política, que urge no procedimento como princípio norteador da conduta que será ou não, julgada pelo rito do impeachment. Tal premissa é retirada do fato de a punição não ultrapassar a esfera política dos direitos do indivíduo condenado, que será afastado do cargo público por ordem do processo de impeachment.

Logo, o procedimento de impeachment, pende para o viés político de sua natureza, pois, originando-se de causas políticas, visa atingir resultados políticos, bem como é instaurado e julgado por políticos. Portanto, é notório que os critérios utilizados para a análise da peça acusatória em face do agente público, desvinculam da esfera jurídica e permeiam as negociações políticas, fatores externos e pressões que emergem da sociedade, os quais claramente interferem na convicção dos julgadores, que são eleitos por essa massa social que se manifesta nas ruas, nos meios de mídias, nas redes sociais, ou em qualquer ambiente seja público ou privado.

Assim, é possível perceber em um viés crítico que, o impeachment é um processo claramente político que importa em redução da capacidade para o exercício de função política, não se comunicando com a pena criminal.

Neste íterim, o processo de impeachment objetiva resultados políticos, pois é instaurado sob considerações de ordem política e é também, julgado

segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório.

Em outras palavras, o conteúdo do processo é todo jurídico, mas os sujeitos, julgados e julgadores, são políticos, assim como o efeito da condenação, que, apesar de ser jurídico, também produz uma gravíssima consequência política e administrativa, a destituição do cargo, conforme art. 78 da Lei 1.079/1950.

Portanto, por se tratar de julgadores que não estão investidos aos princípios da equidade e imparcialidade, conforme se procede com magistrados, ficamos diante de uma fragilidade constante, em razão de interesses políticos próprios, em que muitas vezes, a técnica jurídica, ou seja, a tipificação do crime de responsabilidade é afastada em detrimento de colisões e interesses políticos/partidários. Dessa forma, é muito possível que um julgamento realizado pelo Senado Federal, seja mais influenciado pelo ambiente político do país, não considerando questões legais com a mesma rigidez que o Poder Judiciário deve sempre observar.

Neste sentido, o legislador ao estabelecer as formalidades e os trâmites legais os quais o processo de impeachment deva se submeter, não dirimiu as discordâncias sobre a natureza deste instituto que se faz político desde sua tipificação criminal até a sanção aplicada. Com isso, a luz do que fora explanado ao longo deste trabalho, a natureza política do instituto o acompanha desde seus precedentes históricos, sendo inerente ao procedimento.

Desta feita, o impeachment como configurado no ordenamento jurídico brasileiro se apresenta como procedimento de natureza incontestavelmente política, onde a sentença condenatória é redigida por senadores que receberam a competência de julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República. No entanto, frisa-se que caso a acusação feita ao agente público, fosse analisada sob uma ótica de um magistrado, os critérios para a formação de sua convicção estariam presos a exclusiva legalidade, sem recorrer a critérios metajurídicos e extrajudiciais, o que tornaria a fundamentação da sentença condenatória mais imparcial e estritamente legal.

Noutro norte, muito embora seja nítida a natureza política do instituto analisado, o mesmo é revestido de uma solenidade tão específica que muito se aproveita do caráter do processo judicial. Ademais, elementos inerentes ao processo, tais como: o princípio do contraditório e da ampla defesa se faz presentes também ao longo processo de impeachment, ressaltando o julgamento como ainda mais maleável e com maior gama de possibilidades no tocante à defesa do agente



acusado, a observância do princípio confere ao processo jurídico, a legalidade do procedimento.

Por fim, conclui-se que a decisão sobre o *impeachment* em caso de crime de responsabilidade é de competência do Congresso Nacional e, especificamente, o julgamento é do Senado Federal. Deste modo, o referido processo é essencialmente político, não somente porque é julgado pelo Congresso, mas porque, em eventual decisão dos deputados e dos senadores, os aspectos políticos prevalecerão sobre os jurídicos, onde decidirão os parlamentares conforme suas conveniências políticas e partidárias.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 abr. 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm)>. Acesso em: 03 oct. 2019.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva 1992.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**. 3ª Edição, Volume II. Ed. José Komfino. Rio de Janeiro, 1956.

CRETELLA JR, José. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

JÚNIOR, José Cretella. **Do impeachment no Direito Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MENDONÇA, Eduardo. **Impeachment: o Direito Constitucional Fora dos Tribunais**. Brasília, 25 mar. 2015. Disponível em: Acesso em: 03 out. 2017.

MIRANDA, **Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 01 de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

RICCITELLI, Antonio. **Impeachment à Brasileira: Instrumento de Controle Parlamentar**. Barueri: Minha editora, 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Processo de responsabilidade do Presidente da República. Renúncia do presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptabilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do presidente renunciante.** In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. A OAB e o impeachment. Brasília: OAB, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOLOMEI, Fernando Soares. **Do Julgamento Do Presidente Da República Por Crimes De Responsabilidade.** Presidente Prudente: Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

NOTA:

---

[1] Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Processo Constitucional. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - Espanha. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor do IDDE - MG. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro da Academia Latino Americana de Direito Ambiental. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Procurador Federal colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal do Núcleo de matéria ambiental e indígena da Procuradoria Federal no Estado de Minas Gerais - Advocacia-Geral da União. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0844891247797428>.

## A IMPRESCINDIBILIDADE DE UMA REFORMA PREVIDENCIÁRIA COM IMPOSIÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA APOSENTARIA NA ATUAL CONJUNTURA BRASILEIRA COMO FORMA DE PROMOVER A IGUALDADE PREVIDENCIÁRIA NO RGPS

**JULIO VINICIUS QUEIROZ DE ALMEIDA GUEDES:**

Estudante de direito no Centro Universitário Santo Agostinho.

JOSÉ ARAÚJO PINHEIRO JUNIOR

(Orientador)

**RESUMO:** A instabilidade institucional e o uso questionável do erário, somado à diminuição da natalidade e ao crescimento da expectativa de vida são questões que promovem uma única resposta: instabilidade na previdência. Diante disso, o estudo objetivou apreciar algumas formas de previdência; verificar a influência do desenvolvimento social; tornar visível a avaliação da idade mínima como forma de proporcionar a igualdade social e jurídica; e, por fim, pôr à prova a necessidade da idade mínima. O interesse por esse estudo surgiu por ser bastante discutido pelo Congresso e pela sociedade, e por sua gritante relevância para o curso de Direito, por buscar entender a importância da idade mínima para uma manutenção sustentável da previdência e da igualdade. Trata-se de uma pesquisa de revisão integrativa através de uma análise doutrinária e dos dados da previdência, com uma abordagem indutiva e comparativa. Desse modo, percebeu-se que os mais pobres já têm a idade mínima proposta como regra. Conclui-se, portanto, que a idade mínima promove a igualdade previdenciária.

**Palavras-chave:** idade mínima, constituição, igualdade, previdência, constitucionalidade.

**SUMMARY:** Institutional instability and questionable use of the treasury, coupled with declining birth rates and increased life expectancy are questions that promote a single answer: instability in social security. Thus, the study aimed to appreciate some forms of social security; verify the influence of social development; make the minimum age assessment visible as a means of providing social and legal equality; and, finally, to test the necessity of the minimum age. The interest for this study arose because it was much discussed by the Congress and the society, and for its striking relevance for the course of Law, for trying to understand the importance of the minimum age for a sustainable maintenance of social security and equality. This is an integrative review research through doctrinal analysis and social security data, with an inductive and comparative approach. Thus, it was realized that the poorest

already have the minimum age proposed as a rule. Therefore, it is concluded that the minimum age promotes social security equality.

**Keywords:** minimum age, constitution, equality, social security, constitutionality.

**Sumário:** Introdução. 1 Questões Básicas. 1.1 Conceitos básicos. 1.1.1 O segurado. 1.1.2 Seguridade social. 1.1.3 Previdência social. 1.1.4 Regime geral de previdência social. 1.1.5 Tipos de benefícios que sofrerão com a idade mínima no RGPS. 1.1.5.1 Aposentadoria por idade. 1.1.5.2 Aposentadoria por tempo de contribuição. 1.2 As mudanças com a efetivação da idade mínima. 1.2.1 Pontos iniciais. 1.2.2 Média na aposentadoria por idade. 1.2.3 Média na aposentadoria por tempo de contribuição. 1.2.4 Imposição da idade mínima como forma de igualdade. 2. Aspectos constitucionais. 2.1. Constitucionalidade da idade mínima. 2.1.1 Da existência ou inexistência de contrariedade com os direitos sociais. 2.1.2 Princípios que regem o direito previdenciário. 2.1.2.1 Universalidade da cobertura e do atendimento. 2.1.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. 2.1.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. 2.1.2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios. 3 Pontos positivos e negativos da imposição da idade mínima e seu comparativo com outras realidades. 3.1 Questões internacionais e demográficas. 3.2 Fatores a favor da idade mínima. 3.3 Fatores contra a idade mínima. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A instabilidade institucional/econômica sempre foi uma realidade em qualquer país. Os governos sempre tentam impor paliativos, com o objetivo de amenizar os efeitos, até que o vício seja, de alguma forma, sanado. E assim é com a previdência: a taxa de natalidade; a expectativa de vida. São fatores que não só influenciam, como a tornam obsoleta, forçando-a à reforma para que se mantenha saudável e ativa.

“Rombo na previdência”, é uma expressão que, à exaustão, vem sendo ouvida por grande parte dos brasileiros. Não só por políticos, mas pela mídia. Evidente que, assim como a sociedade evolui e se torna mais complexa, a previdência, que se baseia em um índice de contribuições notadamente piramidal, deve acompanhar tal curso.

Segundo Tavares (2006), o marco de criação da assistência social encontra-se na Inglaterra, em 1601, com a edição da lei dos pobres (OldPoor Law), que regulamentou a instituição de auxílios e socorros públicos aos agentes necessitados.

Em 1883, na Alemanha, foi instituído o seguro-doença obrigatório para os trabalhadores da indústria, sob a tríplice contribuição do Estado, dos trabalhadores e das empresas, de autoria do Chanceler do *Reich* Otto Von Bismark. (TAVARES, 2006)

Percebe-se, portanto, uma evolução. Em linha similar, um crescimento ínfimo em diversas localidades no mundo. O sistema soviético de proteção se inicia em 1918, com a utilização do termo “proteção social” como ação completa em favor dos trabalhadores (saúde pública gratuita e seguro). (TAVARES, 2006, p. 53)

Ocorreram, então, outras grandes transformações que transformaram a previdência no modelo que é usado hoje. Dessa forma, percebe-se que a previdência teve seu início com um nicho específico, e foi sendo ampliada à medida que a sociedade evoluía, abraçando outras categorias de trabalhadores, em suas mais diversas funcionalidades e características. Portanto, a previdência cresceu e se tornou ainda mais suscetível às mudanças sociais, pela sua visível generalização e tendência à universalidade – natalidade e mortalidade.

Trata-se, na verdade, de uma tendência de uniformização. Só que há uma outra questão: se a previdência decide assistir mais pessoas, o índice de contribuição deve aumentar. E se o índice de contribuição aumenta, regras devem ser colocadas para que o sistema se mantenha ativo e eficaz. E falando de medidas sustentáveis, a primeira é a imposição da idade mínima.

Infelizmente, o sistema atual privilegia os ricos. Estes, com uma maior capacidade de contribuição, conseguem, sem tanta dificuldade, pagar à previdência. Assim, conseguem cumprir facilmente os requisitos impostos pelo atual modelo. Seja na aposentadoria por idade ou na aposentadoria por tempo de contribuição.

Analisando especificamente a possibilidade da idade mínima, estudo deste ano de 2016 também do Ipea aponta que, dentre os brasileiros que se aposentam precocemente por tempo de contribuição, quase dois terços estão na verdade entre os 40% mais “ricos” do país, proporção que é quase o dobro da verificada entre os aposentados rurais (NERY, 2016, pag 18).

Então, objetiva-se aqui a apreciação de algumas formas de previdência; a influência do desenvolvimento social; a avaliação da idade mínima como forma de proporcionar a igualdade social no regime geral de previdência social; e, por fim, a apreciação da necessidade da idade mínima. Tal perspectiva será verificada através

da análise de dados da própria previdência, juntamente com a legislação e a doutrina.

## **1 QUESTÕES BÁSICAS**

Os dados previdenciários aqui apresentados serão os da própria previdência social, que, anualmente, dispõe em seu site institucional os dados daquele período, enumerando a quantidade de benefícios, beneficiários, a média de aposentadorias e valores para as demais classes – aposentadoria por idade e por tempo de contribuição. Logo, infere-se que é uma fonte valiosíssima, que serve não só para apaziguar o debate que diariamente é enfrentado na mídia, como, também, para saná-lo, pelo menos no que tange aos benefícios presentes dentro do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Tratando-se de idade mínima, outra questão incrivelmente necessária é a do IBGE, quanto aos índices de mortalidade, natalidade e longevidade. A tendência de qualquer população é a seguinte: menor natalidade; maior longevidade. Estes fatores serão importantíssimos e serão analisados em tópicos próprios.

### **1.1 Conceitos básicos**

#### **1.1.1 O segurado**

Em um primeiro momento, se faz necessário expor o conceito de “Segurado”. Os segurados são pessoas físicas, com idade mínima de 16 anos (exceção feita ao menor aprendiz, que pode ter 14 anos), que mantêm vínculo com a previdência social, daí decorrendo direitos e deveres recíprocos. (STUDART, 2012, p. 71)

Há também uma divisão: existem os segurados obrigatórios e voluntários. Os primeiros contribuem por expressa previsão normativa, diante da natureza da atividade que exercem (Atividade remunerada); os segundos, como o próprio nome já diz, são os que o fazem voluntariamente, despendendo os valores necessários para construir o acervo previdenciário que gozarão no futuro:

Dispostos no art. 11 da Lei n. 8.213/91, no art. 12 da Lei n. 8.212/91 e no art. 9º do Decreto n. 3.048/99, os segurados são divididos em dois grandes grupos:

- a) Obrigatórios: são os que exercem uma atividade remunerada que se encontra elencada no RGPS.
- b) Facultativos: não exercem atividade remunerada e voluntariamente vinculam-se ao sistema previdenciário. Atente-se que o exercício de atividade remunerada informal

(camelô, por exemplo) enseja a filiação obrigatória, e não a facultativa. (STUDART, 2012, p. 71)

Os conceitos aqui apresentados, como se percebe, são extremamente abrangentes, diversificando as possibilidades de contribuição e distribuição da verba destinada à previdência. O empregado que tem a carteira assinada deve, obrigatoriamente, recolher à previdência; o estudante, por exemplo, o faz de forma voluntária.

### **1.1.2 Seguridade social**

Em um segundo momento, se faz necessário expor o conceito de “Seguridade social”. Segundo Marisa Ferreira (2016), pela definição constitucional, a seguridade social compreende o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, cada qual com sua disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Assim, a previdência social é colocada como proteção à pessoa. Ela seria, então, uma extensão da seguridade social, e ao mesmo tempo funcionaria como um complemento à assistência social e ao direito à saúde.

### **1.1.3 Previdência social**

A Previdência Social se tornou, atualmente, uma instituição fortíssima na sociedade brasileira, sendo algo que se reflete de forma ampla no mundo inteiro. Sendo uma instituição gigantesca, que absorve uma quantidade enorme de dinheiro, oriundo das contribuições previdenciárias, esta alcançou patamares que se mostravam inesperados – e inalcançáveis – quando se retorna ao passado. O modelo, de fato, evoluiu. Assim, preliminarmente, o conceito é essencial para a ideal compreensão do assunto. Dessa forma, como aponta o site institucional do INSS, “Previdência Social”:

A previdência social é o seguro social para a pessoa que contribui. É uma instituição pública que tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados. A renda transferida pela previdência social é utilizada para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade de trabalho, seja pela doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário, ou mesmo a maternidade e a reclusão. (Brasil, 2019)

Então, trata-se de um conceito bem simples: é bem parecido com um seguro qualquer, seja ele privado ou público, só que ele guarda uma certa complexidade justamente por causa da subjetividade. Para ter direito à previdência, em regra,

devem ser pagas contribuições mensais. Logo, após uma série de contribuições em determinado lapso temporal, nasce o direito de se aposentar. Desse modo, o segurado, anteriormente contribuinte, receberá valores mensais, pagos com o dinheiro da previdência, que se mantém viva através de outras contribuições.

#### **1.1.4 Regime Geral de Previdência Social**

Como o Regime Geral de previdência será o foco em análise quanto à idade mínima, seu conceito se faz extremamente necessário. O RGPS é o regime de previdência social de organização estatal, contributivo e compulsório, administrado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, sendo as contribuições para ele arrecadadas fiscalizadas e normatizadas pela Receita Federal do Brasil. É regime de repartição simples e de benefício definido (KERTZMAN, 2015).

Por ser o Regime mais abrangente entre os outros, abraça as atividades ali previstas. Assim, todos os empregados de empresas privadas e todas as pessoas que trabalham por conta própria também estão obrigatoriamente filiados, devendo contribuir com sua parte para o sistema (KERTZMAN, 2015).

Na verdade, o conceito, deveras expansionista de deve à natureza universal da previdência: ela busca uma verdadeira participação total na sociedade, enlaçando as mais diversas categorias. Mas há a hipótese, como já dito, de seguro facultativo, funcionando assim: Todas as pessoas com mais de 16 anos que não têm renda própria, mas decidem contribuir para a Previdência Social. Por exemplo: donas-de-casa, estudantes, síndicos de condomínio não-remunerados, desempregados, presidiários não-remunerados e estudantes bolsistas. (BRASIL, 2019)

#### **1.1.5 Tipos de benefícios que sofrerão mudanças com a idade mínima no RGPS**

##### **1.1.5.1 Aposentadoria por idade**

Têm direito à aposentadoria por idade aqueles que consigam atingir, como se verá a seguir, determinada idade. Aqui, o requisito é temporal, sendo este medido pela quantidade de anos que o legislador considerou suficiente para, de forma genérica, que o trabalhador transmitisse, de forma eficaz, sua força de trabalho para o mercado brasileiro – e para a previdência. Entende-se, portanto, que atingido tal lapso temporal, a aposentadoria, verificando outros requisitos, seria justificada. A lei de nº 8.213/91 enumera os requisitos de concessão da aposentadoria por idade, sendo eles: se homem, com 65 anos; se mulher, com 60 anos. Os trabalhadores rurais precisam alcançar idade menor: 60 para homens e 55 para mulheres (BRASIL, 1991).



Há um entendimento comum de que as mulheres sofrem um desgaste maior em virtude da dupla jornada. Na maioria das vezes, desempenham atividades de caráter familiar, além do trabalho que desempenham fora de casa, em ambiente profissional, nas empresas. Ou seja, fora mensurada – em anos – a exigibilidade de cumprimento.

O legislador considerou, como se observa pelas características de cada um, que o trabalhador rural, por ter um trabalho naturalmente mais desgastante, deveria ser beneficiado com uma redução da escala de anos. O trabalho rural, em apertada síntese, é desempenhado com o uso da força. É o típico trabalho braçal. Isso tanto para as mulheres quanto para os homens. Sobre tal redução, ainda há alguns outros requisitos que devem ser observados, sendo eles enumerados por Ivan Kertzman (2015) que diz o seguinte:

Para efeito da redução de cinco anos, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao que cumpriu o requisito etário, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência deste benefício, computado o período de exercício das atividades não vedadas ao segurado especial (vereador, dirigente sindical, atividade artística, artesanal, etc.).

Como fora abordado no parágrafo anterior, as regras para o trabalhador rural são bem mais brandas, comportando uma escala de anos – seja na aposentadoria por idade, ou na aposentadoria por tempo de contribuição – bem inferior. O trabalho rural pressupõe uma atuação mais bruta, braçal e consistente, que não é a regra dos trabalhadores urbanos, que, muitas vezes, dedicam sua carga horária aos serviços de escritório, no varejo e em outros locais.

#### **1.1.5.2 Aposentadoria por tempo de contribuição**

A aposentadoria por tempo de contribuição é um conceito que é explicado em seu próprio título. Trata-se de modalidade de aposentadoria que leva em consideração o tempo trabalhado pelo requerente do benefício. A lei de nº 8.213/91 é bastante objetiva ao considerar as possibilidades. Na verdade, traz como requisito a quantidade de anos trabalhados. Para os homens, 35, e para as mulheres, 30. Outra questão é a especialidade concedida aos professores. Estes terão redução de cinco anos, tanto para os homens quanto para as mulheres. Assim, 30 anos para os

homens; 25 para as mulheres. Nesse regime não há qualquer requisito de idade mínima. (BRASIL, 1991)

## **1.2 As Mudanças com a efetivação da idade mínima**

### **1.2.1 Pontos iniciais**

O que se depreende, na verdade, com base no exposto no tópico anterior é que a aposentadoria por tempo de contribuição deixará de existir com a imposição da idade mínima. Aqui se tomará como objeto o projeto emenda à constituição que agora tramita no Congresso Nacional: PEC 6/2019. Esta, de forma categórica, prevê mudanças significantes (BRASIL, 2019).

A tal Proposta De Emenda à Constituição detalha uma série de mudanças. Mas uma se mostrou de grande importância para o governo, e, por outro lado, amargou certa controvérsia à população. Então, supondo que o projeto, de fato, vença todo o rito legislativo e consiga entrar em vigor em sua plenitude, os homens deveriam se aposentar aos 65, e as mulheres ao 62, desprezando-se as outras regras. Quanto aos trabalhadores rurais, esta seria de 60 anos, para ambos os sexos (BRASIL, 2019).

### **1.2.2 Média na aposentadoria por idade**

Na pesquisa exposta pelo boletim estatístico da Previdência social, feito em janeiro de 2018 (Volume 23, nº 01), (20) emitido pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, temos, de fato, uma avaliação que demonstra certa disparidade. Nos benefícios concedidos no RGPS (regime geral de previdência social), o valor médio dos beneficiários urbanos foi de R\$1.254,82 (mil duzentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e dois reais), enquanto que, no rural, a média é ainda menor: R\$ 956,08 (novecentos e cinquenta e seis reais e oito centavos.) (BRASIL, 2018).

Percebe-se, então, que o valor contribuído é pequeno, levando-se em consideração que o piso previdenciário, à época, fora de R\$954,00(novecentos e cinquenta e quatro reais). Uma outra questão é a idade de aposentadoria nesta modalidade. As médias se mostram um pouco elevadas. Na modalidade urbana, os homens se aposentam com 65,56 anos, e as mulheres, com 61,52 anos. Na modalidade rural, os homens se aposentam com 60,71, e as mulheres com 56,44 (BRASIL, 2018).

### **1.2.3 Média na aposentadoria por tempo de contribuição**

Em outra via há a aposentadoria por tempo de contribuição – Urbana e rural. Na urbana, os homens se aposentaram, em janeiro de 2018, com média de idade de 55,58 anos, e as mulheres, com 52,8 anos. Na rural, os homens se

aposentaram com 54,45 anos, e as mulheres com 52,24 anos. A média mensal recebida pelos aposentados na modalidade urbana é de: R\$2.329,70, e na rural é de R\$1.151,41 (BRASIL, 2018).

A média na aposentadoria por idade, como apontado no tópico anterior, se mostra superior em quase dez anos na urbana, seja para os homens ou para as mulheres. Tal variação, expõe uma deformidade no sistema que acaba privilegiando aqueles que possuem uma “aptidão trabalhista” maior. Enquanto que os outros, que estão no reflexo de tal conceito, gozam de possibilidades contrárias e mais dificultosas, já que eles tem de trabalhar por mais tempo, mesmo se tratando de pessoas mais simples, levando-se em consideração o índice de contribuições, que acaba por denunciar isso.

Por isso, em geral se considera que a idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição afetaria – no futuro – os trabalhadores com maior inserção no mercado de trabalho formal, com níveis maiores de escolaridade, situados em ocupações mais produtivas e regiões mais industrializadas do país, quando comparado aos demais trabalhadores potenciais beneficiários do RGPS ou do BPC-Loas. A menor inserção no mercado de trabalho formal pelos segurados mais pobres do RGPS, não afetados pela idade mínima, também diminui sua representatividade em sindicatos e a chance de pertencer ao rol de clientes de escritórios especializados: sindicatos e advogados costumam vocalizar de maneira mais forte a oposição à idade mínima (NERY, 2016, pag. 17).

A contribuição regular é uma contraposição à instabilidade trabalhista. Os que se aposentam no modelo supracitado estão mais resistentes às razões que desencadeiam o desemprego e a ausência de contribuições. Sendo assim, quando colocados na balança, percebe-se um privilégio ausente em uma das categorias: a aposentadoria por idade.

#### **1.2.4 Imposição de idade mínima como forma de igualdade**

Com base no exposto nos itens anteriores percebe-se que o sistema se mostra falho, e, portanto, ineficaz nos moldes atuais. A previdência estaria funcionando como uma verdadeira fonte de distribuição de renda às avessas, favorecendo os de maior poder aquisitivo, em detrimento dos de menor poder aquisitivo. Tomazelli (2019) avalia toda a conjuntura:

O maior problema é que a migração desses trabalhadores mais favorecidos para a inatividade penaliza duas vezes os cofres do INSS, que deixa de arrecadar as contribuições e precisa bancar um benefício que em média é mais elevado. Além disso, o aposentado por tempo de contribuição acaba recebendo o benefício por um período maior.

No ano passado, as mulheres que se aposentaram por tempo tinham em média 52,8 anos. Nessa faixa etária, a expectativa de sobrevida é de mais 30 anos, segundo dados do IBGE. Já as mulheres que se aposentaram por idade tinham em média 59,4 anos e viveriam mais 25 anos a partir daí.

Essa disparidade também é observada entre os homens, que tinham em média 55,6 anos quando pediram aposentadoria por tempo de contribuição. Nessa faixa etária, a expectativa de sobrevida é de mais 24,2 anos. Já os aposentados por idade tinham em média 63,3 anos e viveriam por mais 18,3 anos.

O que se infere é que o prejuízo para os mais pobres seria ínfimo quando comparado com aqueles que carregam uma capacidade financeira mais elevada. Seriam, na verdade, os mais pobres beneficiados com a medida, que não só tornaria o sistema igualitário, como, também, sustentável para eles, já que, se o sistema de contribuições falhar – com os aposentados ficando privados de suas aposentadorias – serão os mais pobres, que dependem unicamente de tal renda, os mais prejudicados em todo o contexto socioeconômico atual.

Assim, a imposição da idade mínima carrega uma dupla funcionalidade: de manter a saúde do sistema, em virtude do déficit; e de promover a igualdade entre os segurados. E mesmo quando se analisam as disparidades sociais, estas também foram respeitadas, principalmente quando se trata do trabalhador rural, que, pela própria essência – e natureza de seu trabalho – terá um requisito temporal menor.

O déficit, tão mencionado, de fato existe. Assim, com base nos dados apresentados no site institucional da previdência social, ligado ao Ministério da Economia, o déficit foi de R\$ 192,2 Bilhões de reais em 2018. No mesmo ano, a despesa com benefícios do Regime Geral estava em 8,6% do PIB (Produto interno bruto) (BRASIL, 2018).

## **2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS**

### **2.1 Constitucionalidade da idade mínima**

A constituição de 1988, é conhecida popularmente em território tupiniquim, entre os juristas e não juristas, como “constituição cidadã”. A expressão se dá pelo número de direitos expostos e previstos em seus artigos. Serve, no alto de sua validade e imposição jurídica, como base para qualquer outro sistema normativo abaixo dela. Logo, uma PEC – Proposta de emenda à constituição – deve seguir os parâmetros delineados pela carta magna, já que há posições que permanecem inalteráveis no texto constitucional. São as chamadas cláusulas pétreas, presentes na CF. Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como *super-rígida*, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável ( CF, art. 60 § 4º - cláusulas pétreas) (Morais, 2017).

Qualquer desrespeito às cláusulas pétreas estampadas pela atual constituição se tornaria, inevitavelmente, inconstitucional. Inconstitucional por ser incompatível com normas inalteráveis. Aliás, tais normas só poderiam ser alteradas se diante de uma nova constituinte que prevesse norma diversa.

O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a norma constitucional por meio de emendas, porém respeitando as vedações impostas pelo poder constituinte originário, este sim hierarquicamente inalcançável, pois manifestação da vontade soberana do povo e consagrado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a Lei Magna prevê, expressamente, seguindo tradição constitucional, a imutabilidade das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), ou seja, a impossibilidade de emenda constitucional prejudicar os direitos e as garantias individuais, entre eles, o direito adquirido (art. 5º, XXXVI) (Morais, 2017).

Por isso não há possibilidade de diminuir os valores recebidos pelos já aposentados: o direito adquirido, como cláusula pétrea, impede tal movimento. Mas os valores futuros, objetos de direitos que ainda não foram recebidos, podem ser alterados, após todo o rito legislativo que é imposto.

No caso em apreço, baseando-se nas regras aqui apontadas, não há mácula operada pela idade mínima contra qualquer cláusula pétrea: não há supressão de direitos passados. Porquanto seja repudiada pela população, ainda permanece apta a alterar regras futuras. Destaca-se que, em se tratando de proposta de índole previdenciária, há uma regra de transição.

### **2.1.1 Da existência ou inexistência de contrariedade com os direitos sociais**

A Carta Magna de 1988, reconhecidamente, revolucionou o sistema jurídico brasileiro. Os direitos sociais enumerados *exemplificativamente* no Capítulo II do Título II do texto constitucional não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontrem também difusamente previstos na própria constituição federal (MORAES, 2017).

Assim, trata-se de uma série de direitos que, enumerados na Constituição, recriaram o Estado de direito. São os direitos sociais, gravados na Constituição Federal: a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (BRASIL, CF 88, Art. 6º).

Em artigo posterior do referido texto constitucional, ainda há uma segunda colocação, que funciona quase como uma extensão do artigo anterior: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, além de outros, a aposentadoria (BRASIL, CF 88, Art. 7º, XXIV).

Destarte, ainda que a imposição da idade mínima torne a aposentadoria mais dificultosa para uma parte da sociedade, ela, ainda assim, não a torna impossível. Nos liames constitucionais, a medida apresenta compatibilidade com sua forma, materialidade, e, portanto, com os direitos sociais.

### **2.1.2 Princípios que regem o direito previdenciário:**

Em linha similar à constitucional, ainda há necessidade de explanar sobre os princípios que regem do direito previdenciário. A doutrina tradicionalista classifica a previdência social como um direito humano de 2º geração, devido à proteção individual que proporciona aos beneficiários, atendendo às condições mínimas de igualdade (KERTZMAN, 2015).

Como as normais constitucionais, o regramento previdenciário também guarda seus princípios. Estes, norteadores, expandem e criam pilares que devem ser seguidos, exaltando os pontos mais importantes daquele sistema. São valores que devem ser adotados, sendo estes universais à medida em que são impostos e colocados.

#### **2.1.2.1 Universalidade da cobertura e do atendimento**

O termo “universalidade”, bastante corriqueiro quando se trata de preencher as necessidades sociais, é bastante presente quando se trata da norma previdenciária. Como já fora exaustivamente comentado, a previdência, por sua própria natureza, e assim o legislador quis, deseja abraçar o máximo de contribuintes e de segurados.

A previdência deve cobrir as necessidades sociais; deve universalizar, ou seja, isonomicamente, igualar os desiguais. Todos os que vivem no território nacional têm direito ao mínimo indispensável à sobrevivência com dignidade, não podendo haver excluídos da proteção social (FERREIRA, 2016).

### **2.1.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais**

Uniformidade significa “Regularida no modo de agir”. É uma identidade própria. Uma forma de fazer. Equivalência pode significar “Valores semelhantes”, ou “questões semelhantes”. Ou seja, o princípio diz que os benefícios, quando fornecidos, devem ser equivalentes e uniformes, seja para as populações urbanas ou rurais. É quase como uma questão isonômica, procedimental, que busca assegurar a dignidade de ambos. A uniformidade significa que o plano de proteção social será o mesmo para trabalhadores urbanos e rurais. Pela equivalência, o valor das prestações pagas a urbanos e rurais deve ser proporcionalmente igual (FERREIRA, 2016).

### **2.1.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços**

A seletividade é justamente a escolha do tipo do benefício, feito através de pesquisas que consigam atender as necessidades sociais. A distributividade identifica o sujeito que, de fato, necessite do benefício. Seletividade na prestação dos benefícios e serviços implica que tais prestações sejam fornecidas apenas a quem realmente necessitar, desde que se enquadre as situações que a lei definir (KERTZMAN, 2015).

Logo, subtede-se que a seletividade é de extrema importância para a questão previdenciária. Entretanto, a escolha deve recair sobre as prestações que, por sua natureza, tenham maior potencial para reduzir a desigualdade, concretizando a justiça social. A distributividade propicia que se escolha o universo dos que mais necessitam de proteção (FERREIRA, 2016).

### **2.1.2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios**

A irredutibilidade do valor dos benefícios é algo que se reflete em outros aspectos do direito – irredutibilidade de vencimentos. O funcionalismo, por exemplo, se sujeita a isso. Quando o sujeito já não é mais capaz de propor a sua força de trabalho, ou simplesmente já o fez suficientemente, o seu salário é substituído pela aposentadoria. A aposentadoria deverá manter a subsistência do indivíduo. Os benefícios – prestações pecuniárias – não podem ter o valor inicial reduzido. Ao longo de sua existência, o benefício deve suprir os mínimos

necessários à sobrevivência com dignidade, e, para tanto, não pode sofrer redução no seu valor mensal (FERREIRA, 2016).

Desse modo, a questão do valor também é de extrema importância. Não só a irreduzibilidade de vencimentos é uma questão importante, como, também, o seu valor real. Todos os anos ocorrem reajustes que buscam, na verdade, a manutenção do valor real, seja do salário ou da aposentadoria. Sobre isso, diz Ivan Kertzman, pag 56 (2015):

Ressalte-se, todavia, que a preservação do valor real do benefício previdenciário que busca assegurar o seu reajustamento, preservando em caráter permanente o seu poder aquisitivo é também indubitavelmente garantido pelo texto constitucional, não estando, contudo, inserido como um dos objetivos da seguridade social (art. 194, parágrafo único). Note-se que o artigo 201 § 4º da constituição expressamente afirma que é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes em caráter permanente o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Assim, com base no apontado, atualmente, o índice que é utilizado como parâmetro para os reajustes dos benefícios do RGPS é o INC calculado pelo IBGE, levando-se em conta o rendimento das famílias que possuem renda entre um e oito salários mínimos, sendo o chefe assalariado (KERTZMAN, 2015).

### **3. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA IMPOSIÇÃO DA IDADE MÍNIMA E SEU COMPARATIVO COM OUTRAS REALIDADES**

#### **3.1 Questões internacionais e demográficas**

O Brasil, por mais que pareça estar sofrendo um cenário único sobre a questão previdenciária, na verdade, está se colocando ao lado de outros países do mundo. Quando se olha o reflexo internacional, a tendência é justamente a da idade mínima. Evidente que os diversos países começaram como o Brasil: expandindo um nicho e tornando-o institucional, evocando toda a prerrogativa de bem estar social que o Estado deveria promover.

A regra nos sistemas previdenciários pelo mundo é a presença de um requisito de idade para aposentadoria. Ela existe em países cujos sistemas inspiraram a Previdência brasileira, como os países desenvolvidos, e também em países em desenvolvimento. Ainda que se deva respeitar as particularidades de cada país no desenho de sua Previdência,



considera-se que a presença quase universal da idade mínima sugere a insustentabilidade de sistemas que não a adotam, por sítio ela adotada tanto em países ricos, capazes de arcar com maiores despesas em várias áreas, quanto em países emergentes, com maior proporção de jovens e menor proporção de idosos – ou seja, com um perfil demográfico favorável e mais parecido com o que o Brasil possui hoje. (NERY, 2016, pag. 11)

Evidente que os diversos países começaram como o Brasil: expandindo um nicho e tornando-o institucional, evocando toda a prerrogativa de bem estar social que o Estado deveria promover. Isso se dá por diversas razões, e a principal delas é a demografia que se altera com a evolução social.

As despesas da Previdência crescem por conta da transição demográfica, que tem levado ao envelhecimento da população. É importante observar que este aumento da idade média da população não se deve apenas ao aumento da expectativa de sobrevida, mas também à redução das taxas de natalidade da população. A Previdência opera, no Brasil e em boa parte do mundo, pelo regime de repartição, em que as contribuições dos trabalhadores no mercado de trabalho formal financiam os benefícios dos trabalhadores inativos (aposentadorias, pensões, auxílios). Assim, temos que, em uma ponta, menos pessoas estão nascendo para financiar os benefícios quando estiverem no mercado de trabalho, e, na outra ponta, os aposentados estão vivendo mais e recebendo os benefícios por mais tempo.

É importante observar nesta discussão que a variável relevante é a expectativa de sobrevida, e não a expectativa de vida ao nascer. A expectativa de vida ao nascer, que também tem aumentado, reflete, por exemplo, as taxas de mortalidade infantil e mortes por causas externas em jovens (acidentes de trânsito, homicídio). É por isso que, neste exercício, em que usamos a expectativa de sobrevida condicional à idade de 55 anos (homem) e 52 anos (mulher), a expectativa de vida do homem chega aos 79 anos e da mulher aos 82 anos, acima da expectativa de vida ao nascer no país. A expectativa de vida

ao nascer é o equivalente à expectativa de sobrevivência condicional a idade zero. (NERY, 2016, pag. 6 - 7)

Então a previdência, no modelo atual, funcionaria como uma bola de neve, descendo aos poucos, sugando os recursos públicos sem conseguir reestabelecer uma balança saudável de contribuições que sanassem o déficit, justamente por uma questão natural da população. O tempo esperado de usufruto aumenta à medida que as pessoas vivem mais. No entanto, isso ocorre sem contrapartida, já que há menos trabalhadores no mercado de trabalho, há pressão ainda maior nas contas previdenciárias (NERY, 2016, pag. 8).

E toda essa questão demográfica já foi analisada internacionalmente, em cenários díspares e similares. Além do Brasil, somente outros países – doze, no total – ainda insistem em permanecer com um sistema que repudia a idade mínima, andando na contramão do entendimento internacional.

Além do Brasil, apenas 12 países do mundo não teriam idade mínima: Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Egito, Equador, Hungria, Iêmen, Irã, Iraque, Luxemburgo, Sérvia e Síria. A Tabela 3 evidencia que países ocidentais sem idade mínima são mais exigentes do que o Brasil em relação à aposentadoria por tempo de contribuição (o requisito é de 35-30 anos no Brasil). São necessários 40 anos de tempo de contribuição no Equador e 45 na Sérvia, para homens ou mulheres. Na Hungria, a ausência de idade mínima só vale para as mulheres. O tempo de cobertura exigido é menor nos países do Norte da África ou do Oriente Médio da lista da Tabela 3, que, no entanto, têm regimes previdenciários pouco consolidados e com pouca cobertura. A título de ilustração, dos sete países sem idade mínima que possuem regras mais acessíveis que a brasileira para o tempo de contribuição, três se encontram em guerra civil: Iraque, Síria e Iêmen. Com pouca cobertura e menor expectativa de vida, estes países tendem a ter gastos com Previdência que não podem ser comparados aos do Brasil. A comparação do Brasil com países sem idade mínima que exigem menor tempo de contribuição parece também impertinente quando se observa que neste subgrupo de países a taxa de cobertura dos trabalhadores da ativa chega a ser de apenas 17% (no Bahrein, contra 42% no Brasil), a proporção de idosos recebendo algum benefício chega a somente 21% (na Argélia, contra 90% no Brasil), e as

despesas com “proteção social” chegam a apenas 1% do PIB (Arábia Saudita, contra 13% no Brasil). Existem ainda nestes países regras que reduzem o valor das aposentadorias que ocorrem mais cedo ou que proíbem o aposentado de continuar trabalhando. A análise comparada evidencia que: i) a adoção de idade mínima é praticamente universal, e ocorre tanto em países desenvolvidos quanto em países emergentes; ii) os poucos países ocidentais que não exigem idade mínima exigem maior tempo de contribuição para aposentadoria em comparação com o Brasil, chegando a 45 anos para mulheres; iii) os países restantes, que não possuem idade mínima; não exigem mais tempo de contribuição do que o Brasil; e não estão em guerra, possuem regimes previdenciários com baixas taxas de cobertura (tanto entre ativos quanto entre inativos) e despesas baixíssimas, excluindo em alguns casos quase a totalidade de sua população da proteção previdenciária. Há uma única exceção nesta comparação internacional, segundo a Tabela 3: o Grão-Ducado de Luxemburgo, que exige apenas 20 anos de cobertura para a aposentadoria. Trata-se, entretanto, do segundo país mais rico do planeta, com área territorial menor do que qualquer um dos mais de 5.500 municípios brasileiros. Mesmo assim, a aposentadoria com 20 anos de contribuição em Luxemburgo paga apenas o valor mínimo: para valores maiores são exigidos até 40 anos de contribuição e 65 de idade. (NERY, 2016, p.12/15)

Ou seja, a idade mínima está presente em todo o globo, abrangendo as democracias que cercam o mundo. Seu uso é reflexo, como visto, de uma verdadeira racionalização monetária – do erário -, que busca a saúde de seus respectivos orçamentos, já que, por mais que uma parte da classe política – e da sociedade – não entendam dessa forma, este sempre será limitado.

### **3.2 Fatores a favor**

A primeira possibilidade a ser enumerada é a da redução de gastos com a previdência. Como já visto, e como é sabido por todos – sendo matéria de senso comum – há um déficit que se agiganta cada vez mais. Com a imposição da idade mínima, tornando as regras para aquisição da aposentadoria mais rígidas, esse cenário desastroso poderia diminuir.

Outro fator importantíssimo é o da igualdade: a reforma, com base nos dados apresentados, nivelaria o índice de aposentadorias por baixo, igualando os mais ricos e os mais pobres, pelo menos no RGPS. Tornando-os iguais, isso não só promoveria uma saúde previdenciária, como, também, institucional, já que o sistema funcionaria de forma semelhante para todos.

### **3.3 Fatores contra a idade mínima**

Para todo ajuste, principalmente quando promovido pelo governo, sempre há um lado que sofre alguma perda. Evidentemente que a previdência, por ser deficitária há anos deve ser ajustada de forma mais voraz. O primeiro sintoma é, na verdade, o mais visto pela sociedade: as pessoas terão de trabalhar mais.

Com as regras de transição, não será possível obrigar instantaneamente os trabalhadores atuais, que já estão próximos da aposentadoria, à idade mínima. Então, o foco navega por águas futuras, a médio prazo. Outro fator é um desdobramento do primeiro: a expectativa de vida, por mais que tenda a crescer com o passar dos anos, permanecerá em patamares semelhantes. Isso significa que as pessoas – trabalhadores – irão gozar menos da aposentadoria.

### **CONCLUSÃO**

Conforme percebemos na presente pesquisa, a idade mínima não é questão exclusiva do Brasil: ela já é realidade em grande parte do mundo, não sendo adotada, somente, em poucos países que ainda relutam em utilizá-la. Foram analisados os conceitos, tipos de benefícios, juntamente com os dados fornecidos pelo próprio INSS que comprovam, de fato, que a idade mínima já está em uso, só que para os que detém um menor poder aquisitivo.

Um outro ponto em análise foi o da constitucionalidade do tema. Diante dos princípios e normas que norteiam e funcionam como pilares para o Estado de direito brasileiro, não houve controvérsia válida que justificasse, sobre a idade mínima, qualquer inconstitucionalidade em sua matéria.

O déficit, para a previdência, foi o que motivou a índole legislativa que agora sofre com discursões exaltadas, seja no Congresso Nacional ou no próprio meio populacional.

No último capítulo vimos de forma mais profunda a questão demográfica e internacional. Foram apresentados dados de outros países, com realidades distintas ou semelhantes. Ainda no último capítulo, os pontos positivos e negativos foram expostos, levando em consideração o déficit, o nivelamento social com base na igualdade, a idade de aposentadoria e o período de usufruto dela.

Assim, por ser necessária, principalmente, à igualdade, impede que os mais pobres financiem a aposentadoria dos mais poderosos, funcionando, no final das contas, não como uma forma de prisão promovida pelo Estado, mas como, finalmente, uma ferramenta de nivelamento social que, de fato, cumpra com a sua proposta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Boletim estatístico da Previdência Social**. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/03/Beps18.01.pdf>> Acesso em: 19 de setembro de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 2019. Set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Lei de Benefícios da Previdência Social**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 19 de setembro de 2019.

BRASIL. **Políticas de Previdência Social**. Disponível em: <[www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politicas-de-previdencia-social/](http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politicas-de-previdencia-social/)>. Acesso em: 19 de setembro de 2019.

BRASIL. Projeto n. 6 de 20 de fev. de 2019. **Projeto de Emenda à Constituição**. DF: Senado Federal, maio. 2019.

BRASIL. **Previdência Social ao retornar – Portal Consular**. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/retorno-ao-brasil/previdencia-social-ao-retornar>> Acesso em: 2109. Set. 2019

BRASIL. **Previdência social teve déficit de R\$ 195,2 bilhões em 2018**. Disponível em < <http://www.previdencia.gov.br/2019/01/previdencia-social-teve-deficit-de-r-1952-bilhoes-em-2018/> > Acesso em: 2019. Set. 2019.

FERREIRA, Marisa. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12.ed. Salvador: juspodivm, 2015.

MORAES. Direito Constitucional. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. P. 30, 165, 293.

NERY, Fernando. **Textos para discussão – núcleo de estudos e pesquisas da consultoria legislativa.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td190>>. Acesso em: 19 de setembro. 2019.

STUDART, A. **Direito previdenciário I.** 45. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 71.

TAVARES, Marcelo. **Direito Previdenciário.** 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

TOMAZELLI, Idiana. **Mais pobres trabalham seis anos mais e recebem 50% menos ao se aposentar,** 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,mais-pobres-trabalham-seis-anos-mais-e-recebem-50-menos-ao-se-aposentar,70002702817>>. Acesso em: 19 de setembro de 2019.

## A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EX OFFICIO NO CURSO DA AÇÃO PENAL COMO VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL

**HELLEN KAROLINE DOS SANTOS FARIAS:**

Graduanda em bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Teresina-PI. Técnica em administração pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí - IFPI, Teresina-PI.

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL

**(Orientador)**<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O presente estudo buscou analisar se há violação ao sistema acusatório adotado na Constituição Federal de 1988 pela possibilidade da decretação *ex officio* da prisão preventiva no curso da ação penal. Para tanto, objetivou-se inicialmente realizar uma análise sobre os sistemas processuais por meio da identificação de seus traços caracterizadores e a partir de então identificar se o sistema processual penal vigente está de acordo com o sistema resguardado pela Constituição Federal. Diante disso, discutiu-se sobre as medidas cautelares pessoais, em especial, a prisão preventiva, e por fim, realiza-se uma análise sobre as garantias do processo penal democrático. Para tanto, o estudo foi desenvolvido por meio de revisão bibliográfica com abordagem dedutiva. É relevante a discussão sobre tal tema com fito de esclarecer a importância do respeito ao sistema acusatório, considerando-se a constante ponderação que se faz entre o direito fundamental à liberdade e o direito punitivo do Estado. Concluiu-se que ao passo que o legislador permite que o juiz possa, no curso da ação penal, decretar de ofício tal medida cautelar, afasta-se do sistema acusatório estabelecido na Constituição Federal, tendo em vista que tal conduta fere o princípio da imparcialidade.

**Palavras-chave:** medidas cautelares, imparcialidade, prisão preventiva.

**ABSTRACT:** The study aimed to analyze if there is violation of the accusatory system, established in the Federal Constitution of 1988, by the possible decreation *ex officio* of pre-trial detention in the course of criminal proceedings. An analysis of the procedural system came out initially, through the identification of their characterizing traits and from this, whether the current criminal procedural system it was identified in accordance with the system protected by the Federal Constitution. In this regard, the discussion was conducted focusing on personal precautionary measures, especially pre-trial detention, and finally, was made an analysis of the democratic criminal process' guarantees. Thus, with deductive approach through a bibliographic review the study was developed. It is relevant this

topic discussion to clarify the importance of respect for the accusatory system, when it is considered the constant relation between the fundamental right to liberty and the punitive right of the state. The conclusion is when the legislature allows the judge to decree such precautionary measure of office, in the course of criminal proceedings, this act then departs far from the accusatory system established in the Federal Constitution, considering that such conduct violates the principle of impartiality.

**Keywords:** precautionary measures, impartiality, pre-trial detention.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Dos sistemas processuais penais: a gestão da prova como princípio unificador. 2.1 Sistema processual acusatório. 2.2 Sistema processual inquisitório. 2.3 O reducionismo do sistema misto. 2.4 Sistema processual adotado na legislação brasileira. 3 das medidas cautelares pessoais. 3.1 Noções gerais 3.2 Das medidas cautelares pessoais. 3.3 Da prisão preventiva. 4 Da (in) conformidade da decretação da prisão preventiva de ofício no curso da ação penal à luz do sistema acusatório constitucional. 4.1 Das garantias do processo penal em um Estado Democrático de Direito. 4.2 Do papel do juiz no processo penal em face do princípio da imparcialidade. 4.3 Da instrumentalidade do processo penal e o respeito ao sistema acusatório constitucional. 5 Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é um tipo de medida cautelar pessoal que visa garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. O Código de Processo Penal Brasileiro, com a alteração advinda da Lei nº 12.403/2011, restringiu a atuação de ofício do juiz em relação à decretação de prisão preventiva no curso do inquérito policial, no entanto, permaneceu tal possibilidade quanto no curso do processo, conforme preceituado no artigo 311 do referido código.

Nesta feita, o presente estudo buscou analisar se há violação ao sistema acusatório adotado na Constituição Federal de 1988 pela possibilidade da decretação *ex officio* da prisão preventiva no curso da ação penal. A discussão sobre o presente tema mostra-se de extrema relevância, considerando-se a necessidade de se esclarecer a importância do respeito ao sistema acusatório estabelecido na Lei Maior, tendo-se em vista a constante ponderação entre o direito fundamental à liberdade e o direito punitivo do Estado.

Inicialmente, fez-se uma análise sobre os sistemas processuais inquisitório e acusatório por meio da identificação de seus traços caracterizadores. A partir de



então, buscou-se identificar se o sistema processual penal vigente está de acordo com o sistema resguardado pela Constituição Federal. Diante disso, discutiu-se sobre as medidas cautelares pessoais, em especial, a prisão preventiva, e por fim, foram analisadas as garantias do processo penal democrático.

Para obter os resultados e respostas acerca do problema de pesquisa apresentado, foi realizada uma pesquisa bibliográfica utilizando-se livros, pesquisas, monografias, teses e artigos científicos impressos ou eletrônicos. Objetivou-se no estudo definir os contornos do sistema processual penal preconizado pela Constituição Federal, a partir de um sistema de garantias, com o intuito de demonstrar a invalidade do artigo 311 do Código de Processo Penal frente à Lei Maior.

## **2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI: A GESTÃO DA PROVA COMO PRINCÍPIO UNIFICADOR**

Goldschmidt (1935, p.67, apud, LOPES JR., 2019, p. 42) compreende que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos e autoritários da sua Constituição. Isso porque o sistema processual penal mantém ligação com o modelo constitucional que dele deriva. Ademais, é a partir da análise do Código de Processo Penal de um país que se pode identificar se ele é utilizado como meio de resguardar os direitos individuais ou como subterfúgio de resguardo da ordem e conseqüente violação de garantias individuais.

Nesse sentido, Machado Cruz (2006) afirma que é a partir da observância do Código de Processo Penal de uma nação que é possível entender como se relacionam o Estado e o indivíduo, e que essa relação não pode ser entendida como de adversários, já que ao mesmo tempo que o Estado visa garantir a ordem e a segurança deve também resguardar a liberdade do indivíduo.

Nesse aspecto, Carvalho (2006) propõe que o Direito Processual Penal sintetiza esse conflito entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis* e exterioriza a forma que o sistema jurídico-político resolve tal conflito. Diante disso, percebe-se a importância do processo penal de um Estado, pois é a partir dele que é possível identificar como o sistema lida com a colisão entre liberdade individual e segurança pública e com isso se pode identificar quais os preceitos daquela sociedade, se autoritários ou libertários. Ao realizar tal análise é possível constatar qual o sistema processual adotado por tal Estado, se é o acusatório ou o inquisitório, esses sistemas possuem peculiaridades que os distinguem, principalmente, no que diz respeito à garantia das liberdades individuais frente ao poder de punir do Estado.

Quanto à distinção entre os referidos sistemas, observa-se que o sistema acusatório é predominante em países que prezam pela liberdade individual, ao passo que o sistema inquisitório predomina de forma histórica em países caracteristicamente fundados no autoritarismo ou totalitarismo, em que se busca uma soberania do Estado em face das liberdades individuais (LOPES, 2019).

Sob o mesmo ponto de vista, Thums (2006) afirma que a compreensão dos sistemas processuais é essencial para o estudo do Direito Processual Penal, por representar a ideologia política na estrutura da ordem jurídica, sendo que o sistema inquisitório é coadunável em Estados autoritários, enquanto que o sistema acusatório preconiza o Direito Penal mínimo e os direitos fundamentais maximizados.

Para realizar a distinção entre tais sistemas, Jacinto Coutinho (2015, p.02, apud LOPES JR, 2019, p. 96) preceitua que tendo em vista que o processo tem como uma das finalidades a reconstituição de um fato histórico, que é o crime, por meio da instrução probatória, a gestão da prova é o princípio unificador por meio do qual é possível identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Então, para identificar o sistema processual é necessário observar a quem compete à produção probatória, se às partes ou se ao juiz.

Portanto, é a partir da gestão da prova, como núcleo do sistema processual, que se pode definir qual o princípio informativo do sistema, se é o dispositivo ou o inquisitivo e, assim, diferenciar os sistemas processuais penais, que são subdivididos pela doutrina em acusatório, inquisitório e misto. Cabe destacar que o presente estudo não tem o intuito de esvair o tema sobre os sistemas processuais, visto que é de muita complexidade, mas sim o de apresentaras principais características que os distinguem e os seus respectivos princípios informadores.

Prado (2006) ao distinguir os sistemas processuais, afirma que o sistema inquisitório tem o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto que o sistema acusatório objetiva a defesa dos direitos fundamentais do acusado frente ao poder que tem o Estado que, além de punir, estabelece o processo pelo qual o fará. Ressalta que é essencial identificar os sujeitos processuais e os atos que realizam, pois isso vai diferenciar os modelos processuais, ao passo que o processo não se concretiza sem a interferência desses sujeitos participantes do processo.

## **2.1 Sistema processual acusatório**

O sistema acusatório remonta a sua origem ao Direito grego, o qual se desenvolveu referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Nessa época, os delitos mais graves podiam ser acusados por

qualquer pessoa, enquanto que os menos gravosos seriam por meio de acusação privada. No direito romano da Alta República havia dois tipos de processo penal, o que cedia maiores poderes ao magistrado, o *cognitio*, e o que permitia uma conduta ativa do cidadão, a *accusatio*. Ocorre que, na época do Império tal sistema passou a se mostrar insuficiente, visto a pretensão de vingança que fez com que cada vez mais os juízes passassem a tomar para si as funções dos acusadores, ao ponto de unir em um mesmo órgão as funções de acusar e julgar (LOPES JR., 2019).

Prado (2006) compreende sistema acusatório como normas e princípios fundamentais dispostos e orientados a partir de um princípio principal denominado acusatório, que tem como características um processo de partes com funções designadas aos três sujeitos do processo, outra característica importante diz respeito às relações recíprocas desses sujeitos no processo que têm direitos, deveres, ônus e faculdades. Nesse aspecto, é importante fazer uma análise entre o que o autor denomina de “visão estática” que tem relação com o que foi determinado pelo ordenamento a tais sujeitos e o que de fato eles praticam.

Percebe-se, assim, que é possível identificar tal sistema quando se verifica a rigorosa separação entre as funções de acusar, defender e julgar encarregadas em pessoas distintas, pois assim mantém-se o devido afastamento do juiz em relação à gestão da prova o que permite o respeito ao princípio da imparcialidade.

Dessa forma, conclui-se que um dos elementos caracterizados do sistema acusatório é a atribuição das funções de acusar e julgar a órgãos diferentes. Destaca-se que conforme defende Lopes Jr. (2019) só essa separação inicial não é suficiente, é necessário que ao longo do processo mantenha-se o juiz afastado da produção probatória para que a imparcialidade seja resguardada.

O sistema acusatório predominou até meados do século XII, e foi paulatinamente, substituído ao passo que o juiz obteve atribuições acusatórias, o que resultou em um latente conflito de interesses, que cominou no surgimento de um novo modelo de sistema, o sistema inquisitório.

Percebe-se, assim, que o sistema acusatório se delineou na antiguidade grega, tendo sido fortalecido no direito romano e transitado pelo direito germânico e desde então seguido na Europa continental uma trajetória ascendente até o século XIII, quando quase desapareceu, devido ao incremento de outro sistema da administração da justiça penal: o sistema inquisitivo (ABADE, 2005).

## **2.2. Sistema processual inquisitório**

Ao longo do século XII, o sistema inquisitório passa a substituir o sistema acusatório, tendo predominado até finais do século XVIII ao início do XIX. Sendo tal substituição advinda da inércia das partes no processo, o que fez com que o Estado tomasse a frente do processo em vista de combater a criminalidade. Com isso, paulatinamente, o Estado passou a cada vez mais invadir a esfera do órgão acusador, até chegar ao ponto de unir as funções de acusador e julgador, passando assim a atuar como se parte no processo fosse, ao passo que investiga, acusa e julga (LOPES JR., 2014).

O processo inquisitivo assumiu rapidamente caráter ordinário, difundindo-se, principalmente, a partir do Século XIV, em todo o continente europeu, generalizando-se para todo tipo de delito. De espectador impassível que era, o juiz passou a dirigir o sistema. Mudaram as técnicas: não havia contraditório; os atos processuais ocorriam secretamente; o acusado, passivo, culpado ou não, era obrigado a dizer tudo o que sabia (ABADE, 2005, p. 117-118).

O processo inquisitório difundiu-se rapidamente, tendo o juiz passado da figura de espectador para condutor do sistema.

Na síntese de Cordero (1998, p. 299 e 365, apud ABADE, p. 134, 2005), o mecanismo inquisitório clássico, onde um mesmo órgão procede sem impulso alheio, investigando, instruindo e julgando, “ignora” a idéia de ação – que implica necessariamente em duas partes. Isso porque o processo é uma máquina verbal, que implica em disputa – o que só pode ser conseguido no sistema acusatório, no qual os atores dispõem da ação e instruem a demanda; o juiz situa-se entre as partes, espectador imóvel.

Nesse sistema, pode-se notar como característica a gestão da prova nas mãos do juiz e a sua parcialidade, principalmente, em relação ao ofício na instrução do processo. Tal sistema se mostra violador dos direitos individuais ao passo que dá mais poder ao Estado para exercer o direito de punir. Esse sistema tem como fundamento a atribuição de poderes de instrução ao órgão julgador, nesse passo não é possível tratar de imparcialidade, haja vista que o juiz ao tempo que instrui o processo também o julga (LOPES, 2019).

### **2.3 O reducionismo do sistema misto**

Majoritariamente a doutrina classifica o sistema processual brasileiro como um “sistema misto”, isso quer dizer que engloba tanto características do sistema acusatório quanto do sistema inquisitorial. Nesse sentido é o que defende Távora

(2017) ao afirmar ser possível a existência de um sistema misto devido o processo penal estar dividido em duas fases, o que possibilitaria o predomínio do sistema inquisitivo na fase de investigação, caracterizado pela ausência de contraditório, com rito instrutório secreto e prevalência da palavra escrita e o acusatório na fase processual, caracterizado pela garantia de contraditório, publicidade, oralidade.

Contudo, Lopes Jr. (2014) entende que tal classificação é insuficiente, visto que não identifica qual o núcleo fundante dos sistemas processuais, que seria a gestão da prova atribuída às partes no processo, sendo isso que permite a imparcialidade do juiz. Então, se cabe às partes a produção de provas, isso garante a imparcialidade do juiz e se tem um sistema acusatório, no entanto, se a iniciativa probatória cabe ao juiz, o sistema processual penal é inquisitivo.

## **2.4 O sistema processual adotado na legislação brasileira**

Para entender qual o sistema processual resguardado pelo Código de Processo Penal, é essencial destacar o contexto histórico em que este foi elaborado, haja vista que de acordo com o dito anteriormente, o sistema processual penal mantém ligação com a Carta Constitucional da qual deriva. Diante disso, Souza e Silva (2008) ao tratarem sobre o contexto histórico em que foi criado o Código de Processo Penal em vigor, destacam que ele teve como base a Constituição de 1937, conhecida como “polaca”, que refletia o momento peculiar por qual o Brasil passava, no caso, a ditadura militar, onde se percebe um rompimento com a democracia, diante de uma ideologia que defendia a garantia social em detrimento das garantias protetoras do réu.

Pode-se perceber a primazia do interesse do Estado em face do interesse do indivíduo, como se pode constatar pela leitura da própria exposição de motivos do referido Código que no seu item II traz como objetivo a maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. Ocorre que tal contexto foi totalmente alterado com o advento da Constituição Federal de 1988, pois ela prevê diversos princípios garantidores de um processo penal que respeita a dignidade e estabelece limites bem definidos da intervenção estatal na liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, Carvalho (2008) afirma que diante das muitas mudanças ocorridas entre o Código de 1941 e a Carta Constitucional de 1988, ocasionou-se uma ruptura descomunal, o que faz com que seja necessária uma reforma radical no Código de Processo Penal para que a matriz constitucional possa se impor de forma plena. Diante dessa nova perspectiva, o processo penal passa a ter um novo enfoque, de tal forma que muitos autores passaram a denominá-lo de processo

penal constitucional, se considerados os relevos dos princípios constitucionais que envolvem a prestação jurisdicional penal (THUMS, 2006).

Nesse contexto, pode-se então discutir qual o sistema processual adotado no Brasil. Uma pretensa parte da doutrina o classifica como misto, por entender ser ele inquisitorial na fase pré-processual, e acusatório na fase processual, esse posicionamento foi desconstruído no tópico anterior quando tratamos sobre o reducionismo do sistema misto. Em seguida, há doutrinadores que defendem que o sistema processual penal brasileiro é inquisitivo.

Percebe-se que as dificuldades em torno da ideia de sistema processual são intensificadas no Brasil devido à coexistência de leis que estabelecem regras processuais tanto anteriores como posteriores à Constituição Federal de 1988, diante de uma doutrina conservadora e de tribunais que não querem alterar a conjuntura (THUMS, 2006).

Lopes Jr. (2017) defende que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou como ele denomina “neoinquisitório”, tendo em vista que não existe um sistema puro. Para tal autor, ao contrário do que a doutrina dominante entende, nem mesmo a fase processual é acusatória, à medida que endente que apenas uma separação inicial entre as funções de acusar e julgar é insuficiente para caracterizar o sistema como acusatório, se ao longo do processo o juiz assume um papel ativo na produção probatória, assumindo um papel claramente inquisitorial. Sendo assim, o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova continua nas mãos do juiz.

Nesse sentido, Thums (2006) dispõe que apesar de haver órgãos distintos para exercer as funções de acusar e julgar, quando o órgão julgador continua a ter domínio da prova tal sistema processual é inquisitivo, diante disso, tal autor exemplifica que no Brasil o aspecto mais notável de sistema inquisitório se encontra disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, ao passo que autoriza o juiz a buscar provas que as partes não foram capazes de produzir.

Percebe-se que tais posicionamentos entendem a prova como princípio unificador, pois se o juiz mantém um papel ativo na instrução probatória ele age como parte, e assim, há violação frontal ao princípio da imparcialidade, o que caracteriza o sistema processual inquisitório.

Quanto ao sistema processual resguardado pela Constituição Federal, a doutrina é uníssona em defender que é o sistema acusatório. Em conformidade com tal afirmação, Lopes Jr. (2019) ao tratar sobre princípio acusatório, destaca que apesar da Constituição Federal não prever de forma expressa a sua adoção pelo

sistema acusatório, não há dúvidas de sua consagração, tendo em vista uma análise sistemática da Constituição, que possibilita identificar diversos dispositivos que caracterizam tal sistema, tais como: a titularidade exclusiva ação penal pública parte do Ministério Público (art. 129, I), o devido processo legal (ar. 5º, LIV), o princípio da presunção de inocência, os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) dentre outros.

Ademais, destaca-se que o próprio Superior Tribunal Federal em 21/05/2014 no julgamento da Medida cautelar na ADI nº 5104 em que tratava sobre a possível inconstitucionalidade da Resolução nº 23.396/2013, esclareceu que:

(...) A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal (...)

Dessa forma, podemos compreender que de fato a Constituição Federal resguarda um sistema acusatório, que, no entanto, é violado pelos resquícios de um sistema inquisitório presentes no Código de Processo Penal. Para que então pudesse de fato vigorar de forma plena o sistema resguardado constitucionalmente, faz-se necessário realizar uma filtragem constitucional, expurgando do sistema normas de caráter eminentemente inconstitucionais.

Sob o mesmo ponto de vista Abade (2005) defende que com a Constituição Federal de 1988, consubstanciada em princípios democráticos de direito, houve a necessidade de um sistema persecutório que se coadunasse com essa nova ordem, dessa forma, não há dúvidas de que com o advento de tal Constituição foi imposto um sistema processual penal de caráter acusatório, adotando assim, todas as elementares do princípio acusatório, ao passo que conferiu ao Ministério Público a privacidade do exercício da ação penal pública, consagrou o devido processo legal e o julgamento dos feitos por um juiz competente e imparcial. Sendo possível constatar tal fato em vista da análise do artigo 5º da Constituição que abarca institutos tais como: a previsão da titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, o resguardo ao contraditório e a ampla defesa, juiz natural, igualdade e presunção de inocência.

Diante disso, entende-se que o sistema processual penal brasileiro adotado pela Constituição Federal de 1988 é indiscutivelmente o acusatório, contudo, por existirem dispositivos no Código de Processo Penal, evidentemente, informados por um princípio inquisitivo, há colisão frontal com o sistema processual adotado pela Lei Maior.

Dessa maneira, nota-se que a dificuldade em se definir no Brasil qual o sistema processual adotado se deve a existência de leis anteriores à Constituição Federal que mesmo em desconformidade com esta permanecem vigorando, o que causa um contraste entre o sistema processual acusatório que é o resguardado pela Carta Magna e os resquícios de um sistema processual inquisitório, infelizmente, ainda muito presente no Código de Processo Penal em voga.

### **3 DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS**

#### **3.1 Noções gerais**

No decorrer do trâmite procedimental podem ocorrer alterações que venham a comprometer o resultado do processo. Diante disso, foram previstas medidas cautelares capazes de permitir que a processo ao final seja útil, com o intuito de se proteger e acautelar, durante o processo, bens jurídicos contra os perigos do tempo e, especialmente, contra a ação do investigado ou do réu. Tais medidas cautelares podem ser reais, relativas à prova e pessoais (MENDONÇA, 2011).

As medidas reais, também conhecidas como assecuratórias, servem segundo Távora (2017) para reparação de dano ou perdimento de bens, são: o sequestro, a hipoteca legal e o arresto. Já as medidas cautelares relativas à prova são aquelas que objetivam proteger e evitar a sua destruição ou perecimento ao longo do procedimento, por exemplo, a busca e apreensão de documentos. Por fim, as medidas cautelares pessoais que dizem respeito à restrição de liberdade do investigado ou acusado, sendo essas últimas as que interessam ao presente estudo.

#### **3.2 Das medidas cautelares pessoais**

Antes de tratar sobre as medidas cautelares pessoais, é de extrema importância destacar a forma como a Constituição Federal de 1988, principalmente, nas disposições do seu artigo 5º, resguarda o direito à liberdade. Isso se faz necessário para que possamos compreender o caráter excepcional da prisão, haja vista que é a *ultima ratio*.

Nesse sentido, Queiroz (2002) ao tratar sobre liberdade e Constituição observa que é necessário se ter bem delimitada a intervenção do *jus*



*puniendi* estatal, para evitar que o Estado sob o subterfúgio de proteger a liberdade acabe por suprimi-la. Pois é através de tal delimitação que se pode observar quando é ou não legítima a intervenção penal.

Diante disso, a Constituição Federal estabelece diversos dispositivos a fim de resguardar o direito à liberdade, como por exemplo, o seu artigo 5º, inciso LXI: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Outro dispositivo relevante é o art. 5º, inciso LVII da Lei Maior que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Quanto a esse ponto é importante diferenciar a prisão penal da prisão cautelar, aquela diz respeito à prisão que decorre da culpa que é formada somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme expressamente dispõe o texto constitucional no art. 5º, inciso LVII, ao passo que a prisão cautelar é excepcional exatamente pelo fato de não ter caráter de sanção/aplicação de pena, contudo mesmo assim restringir a liberdade antes de se ter o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse ponto, deve-se frisar que antes da decisão penal condenatória irrecorrível, a prisão cautelar se restringe aos casos previstos na Constituição Federal e aos casos em que a lei excepcionalmente estabelecer, sendo que a prisão preventiva é a mais grave das constrições que pode ser impor a alguém (BARROS, 2019).

Uma importante questão relacionada diretamente à privação de liberdade antes do trânsito em julgado é o agravamento na superlotação dos presídios. Nessa senda, Duarte (2019) traz que a prisão cautelar que deveria ser caso excepcional, torna-se a norma.

O Código Penal estabelece três modalidades de prisões cautelares: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Sendo esta última a que tem uma maior relevância para o presente estudo e se encontra prevista entre os artigos 311 e 316 do referido diploma legal.

### **3.3 Da prisão preventiva**

“A prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e processo” (PACCELLI, 2014, p. 549). Tem-se, assim, que a prisão preventiva é um

tipo de medida cautelar pessoal destinada à tutela do processo e encontra respaldo legal entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal.

Antes de tratar sobre os pressupostos fundamentais para aplicação de tal medida, faz-se necessário destacar que em 2011 por meio da Lei nº 12.403 foram modificados diversos dispositivos do código processual penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, com o objetivo de tornar a destacar ainda mais o caráter excepcional da prisão cautelar.

Nesse sentido, alterou o art. 311 do CPP de forma a impossibilitar a atuação de ofício do juiz em relação à decretação de prisão preventiva no curso do inquérito policial. Ocorreu, contudo, que manteve tal possibilidade quanto ao curso da ação penal. Diante dessa insistência do legislador, percebe-se a sua dificuldade em entender as regras próprias do sistema acusatório constitucional e da garantia de imparcialidade (LOPES, 2019).

A redação atual do artigo 311 do referido diploma legal estabelece que: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Pela leitura do dispositivo é possível compreender que a prisão preventiva poderá ser decretada, tanto no curso do inquérito policial quanto da ação penal, sendo que no inquérito é imprescindível que haja requerimento (Ministério Público, querelante ou assistente) ou representação policial, enquanto que no curso da ação penal esse requerimento pode ser suprido, haja vista que o juiz pode de ofício determinar a decretação de tal restrição à liberdade. Esse é o ponto central do presente estudo, mas antes de ser devidamente esclarecido, é essencial demonstrar o caráter excepcional da prisão preventiva, devendo-se analisar os pressupostos essenciais para a sua aplicação.

Diante desse caráter excepcional da prisão preventiva, é que Távora (2017) em análise aos dispositivos do CPP traz que para a sua decretação é essencial o preenchimento dos pressupostos legais, quais sejam: a demonstração de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria que juntos formam a justa causa. Tais pressupostos materializam o *fumus commissi delicti*. O art. 312 estabelece as hipóteses de decretação, que seriam situações que representam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*), só com o preenchimento desses dois pressupostos é que se justifica a possibilidade do encarceramento. O artigo 312 do referido diploma legal prevê as hipóteses em que poderá ser decretada a prisão preventiva:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Dessa forma, além da demonstração de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria que juntos formam a justa causa (*fumus commissi delicti*) é fundamental preencher pelo menos uma das hipóteses do art. 312, quais sejam: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução penal; c) garantia da aplicação penal; d) garantia da ordem econômica e e) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Por fim, ainda é necessário analisar quais infrações comportam tal medida de acordo com o art. 313, CPP, sendo cabível em regra, (I) para apuração de crimes dolosos, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos, e terá cabimento em crimes com pena menor a quatro anos: (II) quando o réu já foi condenado por crime dolosos mais graves, (III) se o crime envolver violência doméstica, para garantir a execução de medidas protetivas e (parágrafo único) quanto existir dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

Assim, para a decretação da prisão preventiva é essencial que, se no caso de inquérito policial, haja requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou representação da autoridade policial, se no curso da ação penal, pode ser por requerimento ou de ofício pelo juiz, que sejam preenchidos os pressupostos de existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, CPP) (*fumus commissi delicti*), seja preenchida alguma das hipóteses de decretação (art. 312, CPP) (*periculum libertatis*) e que se observe se a infração comporta tal medida (art.313, CPP).

#### **4 DA (IN) CONFORMIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NO CURSO DA AÇÃO PENAL À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL**

##### **4.1 Das garantias do processo penal em um Estado Democrático de Direito**

O processo penal em um Estado democrático não deve ser desenvolvido da mesma forma em que um regime autoritário. Isso porque de acordo com Thums (2006) a consolidação de um Estado Democrático de Direito propiciou conquistas no tocante ao garantismo e essas devem ser resguardadas tanto pelo sistema penal quanto pelo processual.

Conforme Abade (2005) a evolução do devido processo penal teve como ponto de partida a busca da proteção do indivíduo, em face do Estado opressor. Nesse aspecto, destaca que a partir do momento que se entende que os interesses do indivíduo e da sociedade não são divergentes é possível transpor a visão que contrapõe "Estado versus indivíduo", e assim, é possível entender os direitos individuais a partir de uma concepção social. Ademais, afirma que a noção de devido processo legal em uma sociedade contemporânea acarreta necessariamente na ideia de um sistema acusatório. Isso quer dizer que ao passo que o Estado tem o direito de punir, este deve ser devidamente delimitado e para tal se deve estabelecer regras e princípios com o objetivo de proteger o indivíduo sujeito a ele, resguardando-o os seus direitos individuais.

Quando se trata em garantia das liberdades individuais logo se faz um paralelo entre elas e o poder do Estado do punir. De modo que o processo penal deve ser visto como limitador do poder do Estado e garantidor do indivíduo a ele submetido, com respeito assim às garantias constitucionais. Segundo Barros (2019) todo processo penal válido deve, rigorosamente, atender, respeitar e aplicar os preceitos fundamentais de natureza processual inscritos na Lei Maior.

Nesse aspecto, cabe destacar a importância do respeito ao estabelecido na Constituição Federal, haja vista a sua supremacia, que de acordo com Nalini (1997) significa entender a Lei Maior como fundamento de validade das demais normas, sendo que as normas incompatíveis com ela não devem ter lugar no sistema jurídico.

#### **4.2. Do papel do juiz no processo penal em face do princípio da imparcialidade**

A noção contemporânea de devido processo penal pressupõe a ideia de processo acusatório, já que este é o que melhor pode acolher as garantias inerentes à cláusula. Com efeito, mostra-se evidente que, sendo o processo de tipo inquisitório (juiz-acusador e imputado), torna-se difícil sustentar-se nele a presunção de imparcialidade do juiz (ABADE, 2005).

O princípio da imparcialidade é decorrência imediata da CF/1988 e representa exigência indeclinável no Estado Democrático de Direito. Como bem observa Prado(2006) em um Estado Constitucional Democrático a jurisdição está

condicionada às regras de impessoalidade. Nesse sentido, Calamandrei (1995) destaca a inércia como sendo um importante elemento para a garantia da imparcialidade, tendo em vista que agir significa tomar partido, devendo dessa forma, a parte que não teme ser parcial, no caso o advogado, ser o propulsor do processo.

Prado (2006) ao tratar sobre os sujeitos do processo, em especial, sobre o juiz, afirma que para se verificar a real natureza acusatória não basta que haja apenas uma acusação, mas que esta revele uma alternativa de resolução de conflitos oposta à apresentada pela defesa e para tal é essencial que o juiz não esteja psicologicamente envolvido com nenhuma das versões em jogo. Ademais, observa que acusatoriedade real depende da imparcialidade do órgão julgador.

Em suma, no processo penal, os poderes cautelares do juiz estão limitados pelo princípio da legalidade estrita, pelo princípio do processo acusatório e pelo respeito às liberdades públicas fundamentais. Nesse sentido é que Machado traz que o juiz não pode decretar de ofício medidas cautelares sob pena de violação ao devido processo legal (2014, p. 583) visto que:

(...) Iniciativas como essas por parte do juiz, sem provocação da parte interessada (Ministério Público, querelante ou autoridade policial), conferem a ele (juiz) um papel inquisitivo que não se compatibiliza com o princípio do processo acusatório. Logo, muito embora autorizadas expressamente pelo CPP, a decretação de medidas cautelares de ofício serão sempre providências potencialmente inconstitucionais, exatamente porque elas implicam uma clara violação ao princípio acusatório consagrado de maneira expressa na Constituição Federal.

Por certo que o princípio acusatório é um dos alicerces do devido processo legal, à medida que garante um processo de partes e põe o réu na posição de sujeito de direito. Visto que a concentração das funções de acusar e julgar numa única pessoa configura o processo inquisitivo, que é a própria negação da ideia de processo e uma verdadeira antítese do princípio acusatório. Por força desse princípio, as provas são incumbidas às partes do processo e o juiz penal deve permanecer numa posição de imparcialidade, distante da atividade probatória, sem nenhum interesse no resultado da demanda. Tal princípio não apenas garante a imparcialidade do julgador, como também afasta a posição do réu de simples objeto no processo penal, constituindo-o na condição de sujeito de direito.

De acordo com Lopes Jr. (2019) o papel do juiz no processo penal é atuar como garantidor dos direitos do acusado. Nessa senda, é relevante enfatizar o papel do juiz criminal sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, tal papel conforme defende Queiroz (2002) está muito além de ser apenas aplicador da lei, pois ao aplicá-la deve ser crítico e pautar-se nos princípios constitucionais fundamentais ao ponto de recusar a validade de normas que colidam com o preceituado constitucionalmente.

Diante disso, percebe-se a importância de se manter o juiz afastado de papéis que cabem ao órgão acusador, como por exemplo, no presente caso, decretar prisão preventiva de ofício, com o fito de resguardar as características do sistema processual acusatório que é o preconizado na Constituição Federal de 1988.

#### **4.3 Da instrumentalidade do processo penal e o respeito ao sistema acusatório constitucional**

Inicialmente, deve-se tratar sobre a instrumentalidade do processo penal, sendo que este além de ser um instrumento a serviço da satisfação de uma pretensão acusatória, segundo Prado (2006) tem uma função constitucional, ao passo que é um instrumento para a realização do projeto democrático. Desse modo, tem-se o processo penal como meio de se garantir que os direitos e garantias sejam respeitados, principalmente no que se diz respeito ao direito à liberdade.

É nesse sentido, que Lopes Jr. (2014) destaca que o processo penal tem o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Desse modo, o processo penal deve ser lido como um instrumento limitador do poder de punir do Estado e assim garantidor dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, Prado (2006) entende que tanto a Constituição quanto o Processo Penal têm em comum a proteção aos direitos fundamentais e a separação de poderes.

Importante destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 73.338-7 RJ, em que ressalta o papel do processo penal como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais, sendo este um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal.

Percebe-se que tal decisão teve como fito enfatizar o processo penal como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais, é fato que ele deve ser vinculado a padrões normativos consagrados pela Constituição Federal. Desse modo, não é possível instituir pena em um processo penal que não esteja em conformidade com o preceituado na Constituição, até porque processo penal deve ser lido à luz da Constituição, e não o contrário.

Tal decisão ainda trata do conflito entre o poder de punir do Estado e a liberdade individual. O poder público (Estado) ao exercer sua pretensão punitiva encontra no próprio processo penal limitação para aplicação da pena, então, o processo penal serve como instrumento de proteção das garantias individuais em face da pretensão punitiva do Estado, e em um Estado Democrático de Direito. Para que as liberdades individuais possam ser resguardadas é necessário que o processo penal esteja respaldado na Constituição Federal.

Por isso Goldschmidt (1935) afirma que o processo penal de um país serve como termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição, pois é analisando a estrutura do processo penal e sua conformidade com ela que é possível identificar se há ou não limitação ao poder punitivo do Estado e garantia das liberdades individuais, e com isso se torna possível identificar o sistema processual adotado, se inquisitório ou acusatório.

As medidas cautelares penais, principalmente, as que têm como consequência a restrição da liberdade do indivíduo, devem ser tomadas em caráter excepcional e em situações de concreto risco para a efetividade da jurisdição. Importante, assim, destacar que as medidas cautelares têm a finalidade de apenas assegurar a efetividade do processo principal e não de ser utilizada como instrumento de imposição de punição.

Diante da análise sobre os sistemas processuais e do entendimento de que com o advento da Constituição Federal de 1988 foi imposto um sistema processual acusatório, pode-se notar com a aplicação da lei processual penal um distanciamento do que está previsto na Constituição.

É possível perceber a persecução penal distante do delineado constitucionalmente não só quando em casos extremos quando, por exemplo, a tortura é utilizada como método de investigação, mas também quando os tribunais permitem a aplicação de institutos jurídicos incompatíveis como o resguardado pela Constituição no que versa à estrutura processual (PRADO, 2006).

Pelo exposto, extrai-se que a aplicação de institutos evidentemente inconstitucionais, como o da possibilidade da decretação da prisão preventiva no curso da fase processual, distancia-se do que sistema processual adotado pela Constituição. Desse modo, é importante destacar o papel do juiz ao analisar e aplicar a lei de que o faça com observância da interpretação conforme a Constituição, visto que não é mais um mero aplicador da lei.

Dessa forma, percebe-se que por mais que haja previsão legal expressa afirmando a possibilidade de decretar prisão preventiva de ofício na fase processual,

há posicionamento doutrinário que entende que tendo em vista a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, normas que possibilitam que o juiz aja de ofício, violam o sistema acusatório.

Há posicionamento doutrinário, no entanto, como o de Pacelli (2014) que defende que é não só possível, como adequado que o juiz possa decretar prisão preventiva no curso do processo, pois o juiz deve dispor de instrumentos necessários à garantia da efetividade do processo, e que o interesse tratado não é exclusivo do autor, mas sim de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.

Tal entendimento não pode seguir prevalecendo, pois conforme Lopes jr. (2019) o fato da Constituição e o próprio Código de Processo Penal afastarem o juiz de exercer funções naturalmente do órgão acusatório não é o suficiente para se resguardar os direitos individuais, é necessário que se resguardem tais direitos também durante o curso da ação penal.

Ademais, a previsão por parte do legislador infraconstitucional de permitir ao juiz assumir postura incompatível com a que é preceituada pelo sistema acusatório constitucional, em especial com o princípio da imparcialidade do juiz, que é violado frontalmente no momento em que o juiz passa a ter postura de parte no processo, como se órgão acusador fosse. Permitir a atuação de ofício do juiz demonstra-se um resquício do sistema inquisitorial, o qual não é o adotado pela Constituição Federal.

Diante disso, é possível constatar que a norma do art. 311 do CPP ao permitir a decretação da prisão preventiva de ofício na fase processual da persecução, não está de acordo com a CF de 1988, pois esta consagrou o princípio do processo acusatório e, com isso, repeliu todas as providências que possam levar o julgador a assumir posturas inquisitivas no processo penal, mormente aquelas providências supressivas da liberdade individual.

Portanto, resta evidenciado que a decretação da prisão preventiva de ofício mesmo durante o curso da ação penal gera o fenômeno da "jurisdição sem ação", isso porque o órgão julgador não foi provocado pelos legitimados a requererem tal medida constritiva. Dessa forma, tal conduta afronta ao princípio do processo acusatório, pois este requer a provocação do órgão julgador sempre que se pretender impor medidas restritivas a direitos fundamentais do indiciado ou réu (MACHADO, 2014).

## **5. CONCLUSÃO**



À luz de todo o exposto, resta claro que há um princípio acusatório a inspirar a ordem constitucional. Que, contudo, vem sendo violado por dispositivos do Código de Processo Penal com caráter evidentemente inquisitorial, como no presente caso, onde foi possível perceber que apesar da Constituição Federal de 1988 resguardar o sistema acusatório, ainda há em vigor dispositivos, como o art. 311, CPP que permite que o juiz possa no curso da ação penal decretar prisão preventiva de ofício, assumindo uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

Restou evidenciado que o sistema acusatório como garantia fundamental está diretamente ligado a um processo justo e a um Estado Democrático de Direito, e que tem como principal enunciado a divisão rígida de atribuições entre os atores do processo. Com isso, percebe-se, a importância de se manter o juiz afastado de papéis que cabem ao órgão acusador, como no presente caso, com o fito de, assim, resguardar as características do sistema processual acusatório que é o preconizado na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, diante dessa resistência em se manter em vigor institutos evidentemente violadores dos preceitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessário que seja realizada uma filtragem constitucional dos dispositivos previstos no Código de Processo Penal a fim de que de fato a estrutura do sistema acusatório possa vigorar plenamente.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes**. 1 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROS, Marco Antonio de. **Processo penal: da investigação até a sentença**. 1 ed. Curitiba. Juruá, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104 MC**. Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador-Geral da República. INTDO: Tribunal Superior Eleitoral. Relatora: Min. Roberto Barroso, 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552009>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 73.338-7**. Impetrado em favor de José Carlos Martins em face do Tribunal de justiça do Rio de Janeiro. Rel. Celso de Barros Mello, publicada no Ementário nº 1.855-02, publicada no Diário da Justiça no dia 19 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>. Acesso em: 15 jul.2019.

CALAMANDREI, Pietro. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo. Martins Fontes, 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo penal e constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Machado Schietti Rogerio. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 1. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

DUARTE, Samuel Correa. **A prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro: entre a proteção do acusado e a antecipação da pena presumida**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 2, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14.ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16.ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução Crítica. 5.ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

NALINI, José Renato. Constituição e estado democrático de direito. São Paulo. FTD. 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo. Livro em homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. 1. ed. Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador. JusPodivm. 2017.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. 1. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

NOTA:

---

iii Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este Currículo lattes <http://lattes.cnpq.br/5963426905730852>

## **UNIÃO POLIAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**ALINE LAYANE SÁ DA SILVA SOUSA:**

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostino – UNIFSA – Teresina-PI.

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COELHO [1]

(Orientadora)

**RESUMO:** A pesquisa tem por intento analisar os estudos feitos sobre novas entidades familiares, especificamente sobre a união poliafetiva. Partindo desse objetivo, adota-se como metodologia de pesquisa a descritiva, bibliográfica e qualitativa. Por meio do estudo de doutrinas e jurisprudências, foi possível verificar a existência de afinidades poliafetivas consentidas, quando existe a simultaneidade de três ou mais companheiros partilhando do mesmo afeto e união, necessitando de respaldo jurídico e, acima de tudo, reconhecimento como família. Na presente pesquisa, buscou-se também compreender essas novas entidades analisando o Código Civil junto à Constituição Federal, tratando o Direito como um acontecimento social, cujo intento é acompanhar as evoluções da sociedade e garantir a preservação da Dignidade da Pessoa Humana. Desse modo, por meio de todo o estudo realizado, chegou-se à conclusão de que há uma necessidade legislativa de regulamentação dessas novas constituições de família, vez que a ausência da lei sobre essas novas formas de constituição familiar provoca insegurança, cerceia o direito à felicidade, fere o princípio da autonomia da vontade, ou seja, provoca a discriminação ou exclusão social, o que é atentatório ao Estado Democrático de Direitos.

**Palavras-chave:** entidades familiares, dignidade da pessoa humana, constituição.

**ABSTRACT:** The research aims to analyze the studies made about new family entities, specifically about the polyfective union. Based on this objective, the research methodology is descriptive, bibliographic and qualitative. Through the study of doctrines and jurisprudences, it was possible to verify the existence of consented polyaffective affinities, when there is the simultaneity of three or more partners sharing the same affection and union, requiring legal support and, above all, recognition as a family. . In the present research, we also sought to understand these new entities by analyzing the Civil Code with the Federal Constitution, treating Law as a social event, whose purpose is to follow the evolution of society and ensure the preservation of the dignity of the Human Person. Thus, throughout the study, it was concluded that there is a legislative need to regulate these new family constitutions, since the absence of the law on this new family constitution causes

insecurity, limits the right to happiness, hurts the principle of the autonomy of the will, that is, causes discrimination or social exclusion, which is harmful to the Democratic State of Rights.

**Keywords:** family entities, dignity of the human person, constitution.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Conceito, Terminologia e a Evolução Histórica da Família. 3 Pluralidade Familiar. 4 Princípios Constitucionais. 4.1. Princípio da Dignidade da pessoa humana. 4.2 Princípio da Igualdade 5. Família Homoafetiva. 6 Jurisprudências envolvendo a família Poliafetiva. 7 Considerações Finais. 8 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as uniões poliafetivas no ordenamento jurídico Brasileiro. O conceito de família é um conceito que há anos existe no mundo, entretanto a Constituição Federal Brasileira e o âmbito civil não trazem consigo a relação poliafetiva como família.

O tema escolhido tem ampla importância, averiguando e refletindo sobre as consequências sociais oriundas das relações poliafetivas, que constituem nova composição de unidade familiar. É importante ressaltar que na atualidade e em tempos modernos ainda há quem se oponha em relação a isto, as teses jurídicas referentes ao tema tentam de alguma maneira solucionar os conflitos existentes entre a realidade e a lei.

Ademais esta relação é a prática e o desejo de obter mais de um relacionamento íntimo simultaneamente com duas ou mais pessoas, exigindo o conhecimento e consentimento de todos que estão na relação.

A sociedade e as relações mudam com o passar dias, os relacionamentos de mais de duas pessoas surgem como uma figura ainda mais controversa nos tempos atuais e cada vez mais há uma cobrança por parte de quem não tem amparo jurídico.

As mudanças familiares são constantes, por isso é necessário que se tenha maior estudo e conhecimento, levando-se em conta que seus membros devem ser tratados de maneira respeitosa como todas as espécies existentes de família, mesmo que não tenham perfil tradicional diante dos olhos da sociedade.

O papel do direito é evoluir conforme a sociedade evolui e, para isso, é importante discutir desde já as deficiências que vêm surgindo com cada vez mais frequência na vida cotidiana das pessoas. É indispensável que esta discussão se dê enquanto o tema é relativamente emergente, pois muitos já conhecem que este é um direito ultrapassado em relação à sociedade.

## **2. CONCEITO, TERMINOLOGIA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA**

A família é considerada como a unidade social mais antiga do ser humano, na qual, historicamente, antes do homem se organizar em comunidades, era constituído em grupo de pessoas associadas a partir de seus antecessores comuns ou através de algum matrimônio. Para Miranda (2011) os membros da família assumiam obrigações entre si, com liderança de seu antecessor comum, o seu patriarca, normalmente do gênero masculino, constituindo assim um símbolo da entidade social, eram unidos em uma mesma comunidade todos seus descendentes, os quais compartilhavam de uma identidade cultural e patrimonial.

Miranda (2011) entende também que as primeiras famílias eram unidas por laços sanguíneos de parentesco, recebendo assim o nome de *clãs*. Após o crescimento territorial e populacional dos clãs, estes chegaram a ter milhões de membros, tais entidades familiares passaram a se unir, formando as primeiras tribos como grupos sociais compostos de corporações resultantes de grupos de descendentes.

A terminologia "família" vem da expressão latina "*fâmulos*", cujo significado é escravo doméstico, ou seja, os escravos que trabalhavam de forma legal na agricultura familiar das tribos situadas na Itália. Família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que antecedem do tronco ancestral comum, a família se restringindo ao grupo formado pelos pais e filhos, considerado a célula social.

O conceito mais amplo de família revela-se na formação por todas aquelas pessoas que tem vínculo sanguíneo, ou seja, todas aquelas pessoas sobrevividas de um tronco ancestral comum, incluindo, dentro do conceito familiar, todos os parentes consanguíneos. Em sentido estrito, é constituída a família o conjunto de pessoas pelos pais e sua prole. Maria Helena Diniz (2012) fala da família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Ademais, para a sociedade a família é uma possibilidade para que os integrantes desenvolvam a sua personalidade, com a finalidade de que cada um, através de elos como a afetividade, possa atingir a felicidade do ser humano. O direito visando e regulando cada um não deixa pesar como prioridade conceitos religiosos ou morais de tempos superados.

Na concepção de Paulo Nader (2006), a família consiste em uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Por outro lado, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 29) aduz que:

A família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”.

A partir dos conceitos acima citados, é possível perceber que família é uma unidade básica da sociedade, formada por vários indivíduos com antecedentes comuns e ligados por meio de laços afetivos. Desta forma, as alterações nas tradições, costumes e também na cultura trouxeram significativas mudanças não só no âmbito familiar, como também na sua percepção legal.

### **3. PLURALIDADE FAMILIAR**

A nova definição de família, fundamentada no afeto, sugere uma diversidade de formações possíveis, não havendo que se falar, necessariamente, em uma estrutura ou origem singular. A multiplicidade de formas não é um assunto novo, ao contrário, evidencia-se durante a evolução da sociedade. Exemplo disso são as famílias formadas fora do casamento, que já se mostravam uma realidade, fruto dos divórcios em grande escala, quando foram legitimadas pela Constituição da República de 1988. Ao lado do casamento, a união estável e a família monoparental, passaram a ser protegidas de forma exemplificativa. Positivando uma realidade já existente, a Carta Magna abandonou, definitivamente, a estrutura singular do matrimônio, para abarcar uma diversidade de formações possíveis, desde que fundamentada no afeto.

O texto constitucional concedeu caráter inclusivo e a organização familiar passa a ser instrumental, afetiva, constituindo-se meio de desenvolvimento da dignidade dos indivíduos, uma entidade pluralizada, igualitária, democrática, hétero

ou homoparental, voltada para a busca da felicidade. Seguindo essa linha de raciocínio, não pode haver escolha de promoção da dignidade, na realidade, o que o comando constitucional determina é a proteção da dignidade inserida na família que melhor atenda ao indivíduo. A concepção eudemonista da família, pela qual os arranjos familiares passam a levar em conta a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, assegura ao indivíduo relações de igualdade e de respeito mútuo, fundamentos que protegem a família poliafetiva.

O Estado deve proteger a família em todas as suas modalidades. A pluralidade familiar ampliou os parâmetros que norteiam o conceito de formação de família, motivo pelo qual não é possível negar tutela às diversas formas de constituição de família, principalmente, uma realidade sociológica representada pela família poliafetiva.

## **4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

### **4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

De acordo com o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é um conjunto de direitos e valores que são amparados e protegidos pelo Estado. Desta forma, é patente que para viver com dignidade é preciso que a república federativa do Brasil por meio de seus governantes mantenha seus direitos fundamentais assegurados, a saber:

**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

**III** - a dignidade da pessoa humana;

Como se pode observar, o estado é garantidor da dignidade dos cidadãos, é notório que a sociedade encontra-se em um processo, pois cada dia que passa as pessoas constituem valores morais diferentes, por este motivo o direito manifesta-se frequentemente por atualizações, para assim estar apto a fornecer os meios necessários para proteção da sociedade de seus próprios membros.

É imperioso destacar que a poliafetividade vem se destacando cada vez mais em forma de jurisprudências, pois se verifica uma importante mudança sobre o âmbito e conceito de família, existindo, portanto, novos relacionamentos que merecem o reconhecimento estatal, visto que no Brasil tem como fundamento democrático a dignidade humana.



Desta forma, pode-se enfatizar que a poliafetividade possui uma interação saudável, pois há consentimento e conhecimento por todos aqueles que estão ligados em relação aos seus gostos afetivos.

A psicanalista Regina Navarro Lins (2016) defendia que o poliamor é uma “opção ou modo de vida que defende a prática sustentável de se estar envolvido de modo responsável em relações íntimas, profundas e eventualmente duradouras com vários parceiros e simultaneamente”. Sendo assim é importante explicar que para a psicanalista essa mais nova entidade é um fruto positivo, pois uma pessoa pode amar mais de uma pessoa, constituindo, portanto, uma família segundo seus paradigmas.

Destarte a dignidade humana é essencial para proteger este sentimento novo e complexo que permeia a sociedade.

#### **4.2 Princípio da Igualdade**

A igualdade é extremamente ligada a dignidade da pessoa humana, posto que são previstas no mesmo artigo da Constituição Federal, artigo este, inerente aos direitos fundamentais do ser humano, aduzindo que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Desta forma de acordo com os pressupostos acima mencionados, a lei estabelece que todos são iguais, independente de condição social, orientação sexual, raça, cor, todos possuem os mesmos direitos e obrigações, devendo ser tratados de maneira igual.

É importante destacar que no Brasil a família poliafetiva não se insere no conceito de família, segundo a república federativa do Brasil, essas famílias não são vistas como entidade familiar. É notório essa concepção que fere o princípio da igualdade, pois se todos são iguais perante a lei e declaram a sua vontade, devem possuir os mesmos direitos e obrigações como aduzido acima.

Foi analisado na pesquisa que a igualdade não pode ser discriminada, pelo fato do indivíduo ter escolhido tal forma familiar, é fundamental que as normas sejam executadas para regulamentar a vida das pessoas.

## **5. FAMÍLIA HOMOAFETIVA**

A Família Homoafetiva é resultado da união de duas pessoas do mesmo sexo. É vista historicamente de maneira preconceituosa pela sociedade, pois no passado a igreja limitava conceito de família como uma união estável entre homem e mulher. Desta forma as relações homossexuais, como classificadas, se tornaram centro de repulsa da sociedade, resultando mais preconceitos.

Com o passar dos anos, as pessoas que possuem esta relação começaram a cobrar recursos do estado para que pudessem ser amparadas na forma legal de nossa legislação, mesmo enfrentando dificuldades de se relacionar e demonstrar seu afeto.

Por isto o STF, a partir desta deficiência e este conceito de família não amparado pelo Código Civil Brasileiro, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF ampliou e reparou este conceito. O Supremo Tribunal Federal evoluiu e enfim reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, passando a tutelar direito desta nova família.

Além disso, é necessário que as famílias possuam direitos iguais, independentemente de suas escolhas sexuais, pois na sociedade em que se vive não mais se considera o caráter sanguíneo e sim afetivo.

Logo, após esta então positiva decisão é de se esperar que a união poliafetiva também seja amparada juridicamente, já que uma forma de família também já foi aceita nos mesmos parâmetros.

## **6. JURISPRUDÊNCIAS NO TOCANTE À FAMÍLIA POLIAFETIVA**

De acordo com as doutrinas estudadas para a então realização da presente pesquisa, foram analisadas também jurisprudências acerca da Família poliafetiva, ficou evidente que se deve entender que a manifestação de vontade das partes naquela união, pode ser vista pela palavra falada ou escrita, até mesmo por sinais, conforme resulta o comportamento do agente, para que seja expresso tal ato, deve-se ter a necessidade de conhecimento pela outra parte.

Nos ensinamentos de Pablo Stolze (2013) é correto afirmar que o consentimento é livre, expressamente manifestado, é condição essencial à existência do matrimônio, não havendo espaço para se considerar o silêncio como aquiescência.

É fundamental a manifestação da vontade das partes para que haja um negócio jurídico, no caso da união poliafetiva não é diferente, pois há a vontade de três partes. Fato jurídico é toda conduta, seja de forma natural ou de forma humana,

que exista uma norma para regulamentar alguma área do direito. O negócio jurídico é conceituado por Miguel Reale (2015) como uma espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos, tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico.

Em análise a algumas decisões se percebeu no decorrer da pesquisa que ocorre o impedimento na configuração de provar a relação de união estável aquele que já tinha um relacionamento, então a instituição da nova forma de família desde que todos estivessem de acordo seria o ideal, conforme se ver:

Ementa: apelação cível. união estável. ausência de prova dos requisitos indispensáveis à caracterização da união estável. companheiro casado. impedimento para configuração da união estável. O reconhecimento da união estável depende de prova plena e convincente de que o relacionamento se assemelha, em tudo e perante todos, ao casamento. A existência de relação amorosa entre as partes, sem os requisitos exigidos pela lei, não se caracteriza como união estável. Ausência de prova da coabitação, continuidade, publicidade e objetivo de constituir família, ônus que incumbia à autora. Impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, quando não evidenciada a separação de fato de um dos concubinos. APELAÇÃO PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA). (TJRS, Apelação Cível Nº 70027944925, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz PlanellaVillarinho, Julgado em 16/09/2009).

Percebe-se de acordo com a jurisprudência que existe relação entre as partes, mas há fato impeditivo para que ocorra a união estável destes, logo, mesmo diante da vontade das partes em manter o relacionamento, estas estão impedidas pela lei. Assim, para caracterizar uma entidade familiar, segundo (LOBO, 2009, p.58), faz-se necessário a existência de uma unidade familiar que se apresente assim publicamente, bastando preencher três características, são elas: afetividade, estabilidade, convivência pública e ostensiva.

Destaca-se, então a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a presença do caráter afetivo como sendo a base das relações familiares para caracterizar uma entidade familiar conforme se mostra a seguir.

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA.  
RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO

EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. **Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º).** [...]. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas[...]Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. [...]. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212).

Por meio da jurisprudência aqui apresentada, percebe-se que houve alteração do próprio conceito de família não sendo esta constituída

necessariamente por um casal heteroafetivo ou até mesmo formal, com bases advindas da igreja como foi imposto nos primeiros conceitos aqui apresentados sobre construção de família.

Para Moraes (2006) o alicerce para se abater a condição da monogamia e aceitar a possibilidade de existir uma aderência assente ainda que por diferente comparte houvesse a barreira de ser matrimoniada eram os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como do mínimo existencial, corolário do principal, bem como o da vedação ao desenvolvimento ilícito, com o desígnio de não abandonar o comparte para conjugal que, de sinceridade e boa-fé, conjeturava estar convivendo sob aderência assente (MORAES 2006 p.237).

Assim sendo, há inúmeras jurisprudências que reconhecem a existência da união de três pessoas consentidas, dando direito às três, como se pode perceber através do julgado do REsp 742.685 do Supremo Tribunal de Justiça (2009):

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. "Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo". Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. Quinta Turma. REsp 742.685, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ de 05 set. 2009).

Para Dias (2009) a diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, (...) somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.

O Superior Tribunal de Justiça seguiu o mesmo raciocínio, em que no REsp 1016574/SC:

PROCESSO CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. TEMA NOVO EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

ARTIGO 557 DO CPC. 1. A ofensa a princípios ou dispositivos constitucionais haveria de ser suscitada em sede de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal. 2. Inviável, em sede de regimental, a apresentação de argumento que, sequer, foi ventilado nas contrarrazões ao recurso especial. 3. Pacífica a possibilidade de o relator decidir monocraticamente o mérito do recurso, amparado em súmula ou jurisprudência dominante deste Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal. PREVIDENCIÁRIO. CONCUBINATO ADULTERINO. RELAÇÃO CONCORRENTE COM O CASAMENTO. EMBARAÇO À CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL APLICAÇÃO. IMPEDIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável. 2. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp 1016574/SC, Relator: Ministro Jorge Mussi. Publicado no DJe de 30 mar. 2009)“.

Dessa forma, é possível observar pelas jurisprudências que a concubina tem o mesmo direito enquanto herança ou até mesmo quanto ao direito em pensão, a necessidade de acolhimento dessas novas formas de família se faz ainda mais presentes.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após as análises feitas em livros, artigos científicos e jurisprudências acerca do tema, discutiu-se a possibilidade da poliafetividade como nova constituição familiar, assim também a interpretação ampliada do direito, além da intervenção estatal no direito das famílias, com a valorização do direito para a busca da felicidade.

Partindo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, isonomia e da liberdade, o principal objetivo foi demonstrar a necessidade do reconhecimento à união poliafetiva como entidade familiar, sobrepondo que, apesar de se constituir de maneira diferente, as famílias permanecem com seus valores familiares, forma precisa de respaldo jurídico para sua formalização e constituição. Conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 em seu artigo: Art.226 § 3º que: “É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Quando se fala em família, pensa-se um único homem e uma única mulher, o entendimento, como visto aqui, é mudado segundo a evolução social, já que no texto da lei não especifica a quantidade de parceiros, dando abertura para outros entendimentos e avaliações a respeito do tema, não sendo a sociedade moldadora para atender as necessidades legais, e sim, devendo as leis se modificarem para atender as necessidades sociais.

As famílias poliafetivas são solidificadas pelo afeto em face do poliamor, que nada mais é do que compartilhar sentimentos entre ambos conviventes, com o objetivo de prezar pela felicidade sem deixar de zelar pela fidelidade entre si, com o objetivo de receber e distribuir amor.

Foi analisado que é ponto relevante na doutrina falar-se que a Constituição Federal de 1988 é paradigma no Direito das Famílias. O conceito hierárquico-patriarcal de família, legalmente regido pelo Código Civil de 1916, em prol do conceito de família, deixou de visar casamento civil como um fim em si mesmo para entender como um meio vocacionado ao fim de se garantir a felicidade e a autorrealização individual dos integrantes da família.

Sendo assim, conclui-se que o Estado deve estabelecer um modelo familiar para reconhecer a pluralidade de entidades familiares. A união estável constitucionalizou-se no artigo (art. 226, §3º) como forma de superação do entendimento legal anterior e assim acabar com a compreensão jurídica de que a família só poderia ser formada pelo casamento civil e que outros agrupamentos conjugais (não-matrimonializados), mesmo que heteroaletivos, monogâmicos e destituídos de impedimentos matrimoniais.

Dessa maneira, é necessário que o Estado acompanhe a evolução jurídico-social, superando o conceito que é trazido pelo Código Civil de 1916, o qual afirmava que o homem era o chefe da sociedade conjugal e que a ele cabia a representação legal e a administração do patrimônio da família (art. 258). Importando a diminuição da capacidade civil da mulher com o casamento civil, o que importa claramente uma forma de se tentar dar alguma coerência legal à submissão da mulher ao homem na sociedade conjugal heteroaletiva, além de não abranger as novas constituições familiares. Sendo assim, buscou-se com esta pesquisa analisar e questionar a ausência de legislação para abranger essas novas entidades familiares.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 11 jan. 2002. Disponível em. Acesso em: 30 de Agosto de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Ed. 9ª. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.1344/2010 (regime de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.5. 27. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol.6. São Paulo: Saraiva 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro**. Vol.6º: São Paulo:Saraiva 2018.

JUSBRASIL. **STF e a União Homoafetiva**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70168/stf-e-a-uniao-homoafetiva-uma-breve-analise-do-ativismo-judicial-como-garantidor-dos-direitos-fundamentais> Acesso em: 01 Setembro 2019.

JUSBRASIL. **União estável, ausência de provas**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL+AUSENCIA+DE+PROVA>. Acesso em: 21 Maio 2019.

JUSBRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468144184/recurso-especial-resp-1583241-al-2016-0038215-0>. Acesso em: 01 Novembro 2019.

JUSBRASIL. **Concubinato**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/70119/recurso-especial-resp-742685-rj-2005-0062201-1>. Acesso em: 21 Setembro 2019.

LINS. Regina Navarro. **Não existe uma só forma de amar**. Disponível em: <https://www.revistaversar.com.br/regina-navarro-lins/> Acesso em 20 de Setembro de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Famílias**, São Paulo: Saraiva, 4.ed, 2011.

MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 57/58.



NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5 – **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte. 2015, Saraiva, São Paulo.

NOTAS:

---

[1] Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. *E-mail*: [mrscoelho@yahoo.com.br](mailto:mrscoelho@yahoo.com.br).

## ALIENAÇÃO PARENTAL: A LEI 12.318/10 E A PROTEÇÃO DO INFANTE

**JULIO CESAR DA CRUZ PORTO:** Delegado de Polícia Civil em Pernambuco.

**ISABELA ALMEIDA DA COSTA**[1]

**LUCIANA ALMEIDA DA COSTA PONTES**[2]

**(Coautores)**

**RESUMO:** o presente trabalho se direciona ao entendimento da alienação parental e como a lei nº 12.318/10 atua em favor da proteção da criança e do adolescente. O tema foi escolhido para verificar a atuação da lei em face do bem-estar do menor quando se tem envolvimento nos conflitos intrafamiliares causados por genitores causados pela insatisfação durante a constância do matrimônio ou até mesmo devido a fim da relação conjugal. A **situação-problema** a ser tratada no presente momento será voltada para, como o direito de família através da lei nº 12.318/10 pode contribuir para a proteção do infante diante do cenário da alienação parental? Trazendo como **objetivo:** conceituar família; compreender alienação parental; esclarecer o bem-estar da criança conforme a CF/88, o ECA e a lei nº 12.318/10; estudar a legislação nº 12.318/10 e suas propostas de melhorias capazes de oferecer um melhor bem-estar para criança. **Materiais de pesquisa:** realizou-se a busca de artigos científicos vinculados AS bases de dados: *Scientific Electronic Library Online (SCIELO)*. **Análise de resultados:** Buscar sempre visualizar a importância da atuação dos profissionais do direito psicólogos e assistentes sociais e suas técnicas apropriadas para que sejam realizadas intervenções que buscam o esclarecimento das dinâmicas familiares e seus conflitos inconscientes. **Conclusão:** Esse jogo de manipulações pode durar anos e gerar consequências gravíssimas na formação do infante e talvez somente seja superada quando este adquira alguma independência do genitor que aliena.

**Palavras-chave:** Manipulação – Conflitos – Proteção do menor - Ordenamento jurídico.

**ABSTRACT:** the present work is directed to the understanding of the parental alienation and how the law nº 12.318/10 acts in favor of the protection of the child and the adolescent. The theme was chosen to verify the performance of the law in view of the well-being of minors when there is involvement in intra-family conflicts caused by parents caused by dissatisfaction during the constancy of marriage or even due to the end of the marital relationship. The **problem-situation** to be treated in the present moment will be turned to, how the right of family through the law nº 12.318/10 can contribute for the protection of the infant before the scenario of the parental alienation? Bringing as **objective:** to conceptualize family; to understand parental alienation; to clarify the well-being of the child according to

the CF/88, the ECA and the law nº 13.218/10; to study the legislation nº 12.318/10 and its proposals of improvements capable to offer a better well-being for child. **Research materials:** the search for scientific articles related to the databases: Scientific Electronic Library Online (SCIELO) was carried out. Analysis of results: Always seek to visualize the importance of the performance of legal professionals, psychologists and social workers and their appropriate techniques so that interventions can be carried out that seek clarification of family dynamics and their unconscious conflicts. **Conclusion:** This game of manipulations can last for years and generate very serious consequences in the formation of the infant and may only be overcome when he acquires some independence from the parent who alienates.

**Keywords:** Manipulation - Conflicts – Minors Protection - Legal system.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A família é a instituição mais importante da sociedade, por causa da sua estrutura, da sua responsabilidade social, da responsabilidade com a educação e transmissão de valores, com a responsabilidade de buscar promover a saúde e bem-estar dos que dela fazem parte. É com a relação familiar que indivíduo (criança) aprenderá a viver e reproduzir padrões sociais e culturais para outros (CARVALHO, 2017).

A relação familiar é vista como um sistema complexo pois, está diretamente ligado ao processo de transformação histórica, social e cultural da criança que convive naquele ambiente. Sendo assim, a relação familiar se apresenta num constante e contínuo processo de modificação (CÚNICO; ARPINI, 2013).

Por passar por processos contínuos de modificações, a conceituação de família tem mudado e em dias atuais existem vários leques que possibilitam a construção de uma família e não somente o conceito antigo que era atribuído até meados da década de 1960 em que a construção de família era entendida como sendo homem e mulher casados e seus filhos. Abrange a mãe solteira, o pai viúvo, o casal homoafetivo, entre outros. Porém, todas essas constituições de família possuem apenas um interesse em comum em estudo, que seria o Bem-Estar da criança (TAVARES; AUGUSTO, 2014).

No que diz respeito a constituição da família, Fedullo (2001, p 132), de forma ou de outra, passam ou podem passar a vivenciar conflitos referentes ao divórcio, com questões que são reatualizadas diante da frustração e do fracasso do casamento que se desfez (SOUSA, 2010).

Tais frustrações, podem ser refletidas no comportamento da criança, o bem-estar é considerado uma categoria que inclui as respostas emocionais, domínios de satisfação e julgamentos globais de satisfação com a vida, como descreve Ana Luísa Mendes da Silva (2014). Reforçando que a família, enquanto cuidadora principal da criança, segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), é responsável por promover o desenvolvimento completo e harmonioso da sua personalidade, num ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Essa promoção ao bem-estar, auxilia no desenvolvimento da criança que devido a circunstâncias externas possam vir a sofrer com as dificuldades de uma da separação conjugal, tendo um ou ambos dos ex-cônjuges a incapacidade de manter ou estabelecer entendimentos mútuos de modo a preservar a saúde mental da criança, dando margem para o surgimento de uma nova relação familiar, denominada alienação parental (SOUSA, 2010).

A alienação parental é a violência psicológica sofrida pela criança por meio de quaisquer momentos que ocorra uma manipulação, persuasão de um ente familiar relação ao seu relacionamento com um dos pais (LITO, 2012).

Desta forma a situação-problema a ser tratada no presente momento será voltada para, como o direito de família através da lei nº 12.318/10 pode contribuir para a proteção do infante diante do cenário da alienação parental? Trazendo como objetivo: Conceituar família, compreender alienação parental; esclarecer o bem-estar da criança; estudar a legislação nº 13.218/10 e suas propostas de melhorias capazes de oferecer um melhor bem-estar para criança.

## **2. CONCEITUANDO FAMÍLIA**

O presente capítulo irá discorrer brevemente sobre o conceito de família.

É certo que a família é sem dúvida a instituição e o agrupamento humano mais antigo, haja vista que todo ser humano, todo indivíduo nasce em razão da família e, via de regra, no âmbito desta, associando-se com seus demais membros a desenvolverem laços (AUGUSTO, 2014).

Os laços que envolvem a família é tão importante que ela foi descrita na Constituição Federal Brasileira de 1988 em que é reconhecida a imprescindibilidade da composição familiar no artigo 226 declarando que a "família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sendo assim, o seio familiar é entendido como sendo a base essencial da sociedade e sobre a qual devem ser desenvolvidos principais valores e preceitos morais (BRASIL, 1988).

A ideia de preceitos morais, características, formação e etc., do que vem a ser família é se tornou extremamente volátil e mutável no tempo, acompanhando sempre a evolução dos ideais sociais, das descobertas científicas e dos costumes da sociedade, sendo impossível se construir uma ideia sólida e fixa do que vem a ser família (AUGUSTO, 2014)

O conceito de família tem mudado ao longo dos tempos, e em dias atuais existem vários leques que possibilitam a construção de uma família e não somente o conceito antigo que era atribuído até meados da década de 1960 em que a construção de família era entendida como sendo homem e mulher casados e seus filhos (TAVARES; AUGUSTO, 2014).

Como retrata Maluf (2010, p. 5), na evolução histórica da família tradicional, formada pelo casamento, novos costumes e valores, passou por modificações constantes, com o surgimento de novas modalidades em que se pode ser constituído um novo seio familiar formados na união estável, na homoafetiva, nos estados intersexuais etc., desde que sejam respeitando as intrínsecas diferenças que compõem cada nova constituição familiar a ser formada (MALUF, 2010).

Dentre essas transformações da constituição de família nos fatores culturais, econômicos e sociais, surge o fator divórcio, ou seja, o fim da relação, que em algumas situações é um dos grandes colaboradores para essas novas significações de família devido ao recasamento dos cônjuges. De certo modo esse processo de separação se torna mais difícil perante as relações conjugais que envolvem filhos que, contribui para a alienação parental (DIAS, 2007).

Segundo Fedullo (2001, p 132), no atendimento a famílias que vivenciam conflitos referentes ao divórcio, a diferenciação entre o que se chama "casal matrimonial" e "casal parental" revela-se como um dos aspectos mais complexos em meio ao divórcio. Questões que foram mal elaboradas ligadas a história pessoal de cada membro do ex-casal, são reatualizadas diante da frustração e do fracasso do casamento que se desfez (SOUSA, 2010). Sobre essa questão aponta Brito (1997) "algumas das dificuldades da separação conjugal quando o casal possui filhos é o fato paradoxal de querer desligar-se de alguém que na verdade não se poderá desprender totalmente, dada a parentalidade comum". Com isso a autora assinala que os ex-cônjuges devem ser capazes de estabelecer entendimentos mútuos em questões que se referem à prole, de modo a preservar as relações parentais (BRITO, 1998. Apud. SOUSA, p 140).

Desta forma o divórcio em alguns casos proporciona e leva ao surgimento de um colapso parcial ou total, durante meses e às vezes até anos depois da

separação, da capacidade de o adulto ser pai ou mãe. Envolvidos pela reconstrução de suas próprias vidas, mães e pais estão preocupados com mil e um problemas que podem cegá-los para as necessidades dos filhos (SOUSA, p 16). Diante destas e outras circunstâncias, dar-se o surgimento de uma nova relação familiar, denominada alienação parental.

### **3. ALIENAÇÃO PARENTAL – BREVES CONCEITOS**

Com a intenção de trazer uma maior compreensão acerca da alienação parental e da Lei 12.318/2010, que regula esse fenômeno no Brasil, é importante demonstrar uma breve análise interdisciplinar da matéria, considerando que o conceito nasceu nas vias da psicologia forense e da psiquiatria e somente após foi levado ao direito. Ademais, a discussão relativa aos direitos da personalidade da criança e do adolescente não ficou restrita ao universo jurídico, mas se desdobrou para essas outras áreas, proporcionando, assim, subsídios científicos, com a finalidade de auxiliar no entendimento de institutos próprios do Direito das Famílias (BRASIL, 2010).

Atualmente, o fenômeno da alienação parental se faz presente em muitos casos de divórcios e separações litigiosas, de forma que seus efeitos estão sendo frequentemente discutidos nos âmbitos do Direito e da Psicologia (NUSKE; GRIGORIEFF, 2015, p.78).

O conceito de alienação parental ganhou notoriedade em 1985, quando o médico e perito norte-americano Richard Gardner desenvolveu a teoria da “Síndrome da Alienação Parental” (SAP), de tal modo designando os efeitos psicológicos resultantes da manipulação de uma criança para que apresente aversão a um dos genitores. Para o autor, a SAP é um distúrbio originado quase sempre no contexto dos litígios pela guarda, e resulta da combinação entre a programação de um dos genitores sobre a criança – realizando uma espécie de “lavagem cerebral” com a contribuição da própria criança para prejudicar o outro genitor (GARDNER, 1998).

Apesar da conceituação proposta por Gardner, a existência de uma síndrome é bastante rechaçada pela ciência em razão da impossibilidade de sua comprovação, não estando prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), e sequer no Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-V) (DIAS, 2017, p. 23-24). Assim, enquanto o termo “síndrome” equivale a um distúrbio, não reconhecido pela ciência médica, que se instalaria na vítima em consequência de práticas alienatórias, a denominada alienação parental diz respeito aos atos levados a efeito a partir da campanha desmoralizadora efetuada pelo alienante. Contudo, apesar das controvérsias, o

termo Alienação Parental situa-se atualmente como um transtorno já configurado no novo Código Internacional de doenças (CID-11), com aprovação da Organização Mundial de Saúde (BROCKHAUSEN, 2018).

Autores como Nuske e Grigorieff (2015, p. 76), conceitua a alienação parental como uma interferência negativa, por parte de uns dos pais ou responsável pela criança, na formação psíquica da prole, visando prejudicar o relacionamento com o outro genitor (NUSKE; GRIGORIEFF, 2015)..

No Brasil, a questão da Alienação Parental surgiu com mais força quase simultaneamente com a Europa, em 2002, e, nos Tribunais Pátrios, a temática vem sendo ventilada desde 2006. O Projeto de Lei 4053/08 que dispõe sobre a Alienação Parental teve em 15 de julho de 2009, o seu substitutivo aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Passando pela Comissão de Constituição e Justiça, e sendo confirmado no Senado, e sancionada Presidencial, originando a lei nº 12.318/2010.

Conforme o art. 2º da Lei nº 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Alienação Parental é uma forma de agressão psicológica que é realizada por um dos genitores motivado muitas vezes por ciúme, vingança, para rompimento de laços com o outro genitor, por não aceitar o fim do relacionamento, acaba que por utilizar da criança e/ou adolescente para atingir seu objetivo que é causar algum dano no relacionamento do menor com um dos seus genitores (VIEIRA et al., 2013). O ex casal continua vivenciando sentimentos de raiva, traição e desilusão com o casamento, uma vontade consciente, ou não, de se vingar do outro pelo sofrimento causado, e canaliza esse “desejo” na criança.

Nunes e Oliveira (2014), lembra que é necessário pontuar que, embora a Alienação Parental seja comumente encontrada em casos de divórcios litigiosos, não significa dizer que em outras situações não aconteça, em relações aparentemente estáveis ali pode estar também acontecendo alienação parental (NUNES et al., 2014).

Para que ocorra a identificação da alienação parental é necessária muita sensibilidade, pois trata-se de uma situação muito complexa, a lei não exige que o juiz atue com outros profissionais, mas a própria lei traz a possibilidade, em seu artigo 5º, que o juiz possa recorrer a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial para a correta solução do caso em questão (NUNES et al., 2014).

Por fim, com toda a identificação da alienação parental identificada por profissionais o surgimento de um termo genérico dentro da mesma foi desenvolvido pelo psicólogo norte-americano Douglas Darnall. Alienação Parental seria um conjunto de comportamentos dos genitores, que seria o precursor da instalação da “Síndrome” de Alienação Parental na criança ou no adolescente (DARNALL, 2008).

Segundo Darnall (2008, p. 4-5), a AP seria qualquer constelação de comportamentos, conscientes ou inconscientes, que podem provocar distúrbios nos relacionamentos entre um filho e outro genitor, importando, assim, um estágio de processo de comportamento capitaneado por um dos genitores, anterior a



qualquer diagnóstico (como a SAP), a ser tomado com base no comportamento da criança (DARNALL, 2008).

Com a repetição desse conceito negativo em relação ao genitor não guardião o quadro da alienação evolui para um quadro de irreversível afastamento, transformando em síndrome da alienação parental

### 3.1 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O termo Síndrome de Alienação Parental foi delineado em 1985 pelo psiquiatra Richard Gardner, sendo descrita por ele como um distúrbio no qual uma criança (menor) é manipulada ou condicionada, normalmente por um dos genitores, para vir a romper os laços efetivos com o outro genitor (TORRES, 2018).

A síndrome de alienação parental foi descrita, por GARDNER, como uma perturbação da infância que aparece quando a criança recusa relacionar-se com o progenitor sem a guarda. Quando se inicia a instalação da síndrome, o relacionamento da criança com o genitor alienado fica comprometido. A criança, ao passar do tempo colabora com as práticas manipuladoras e rompe os laços afetivos, surgem, então, sentimentos de temor e contradição quanto ao genitor alienado (SAVAGLIA, 2009).

Savaglia (2009, p. 24) descreve que:

A alienação parental é um recurso que o indivíduo utiliza para induzir a criança a mudar a percepção dela em relação ao seu genitor. Porém, podemos dizer que este recurso só atinge o objetivo quando a criança passa a contribuir para agravar a situação e aí sim, se caracteriza a síndrome, que vem acompanhada de um conjunto de sintomas, entre eles as mudanças de afetos e a capacidade de exprimir emoções falsas (SAVAGLIA, 2009, p.24).

Paulo Lôbo (2015, p. 187), diante de uma definição mais objetiva, traz os conceitos sem confundi-los, entendendo a alienação parental como o comprometimento do direito à convivência familiar da criança em virtude das condutas de um dos pais no sentido de forjar no filho sentimentos de rejeição ao outro. Dessa forma, acompanhando a evolução da análise da alienação parental, o direito teria se distanciado de sua qualificação como doença, optando por estabelecer regras que visam a prevenção ou interrupção dessas condutas (LÔBO, 2015).

Sonia Rovinski (2017, p.88) analisa que foi a partir do ano de 2006 que o conceito de Síndrome da Alienação Parental veio a ter importância no judiciário brasileiro, com o intuito de justificar as dificuldades enfrentadas na resolução dos conflitos familiares. A ideia de síndrome, então, passou a explicar quaisquer condutas da criança ou do adolescente de rejeição a um dos genitores quando de separações litigiosas, simplificando contextos que possuem alta carga de complexidade. Ademais, a autora percebe que esse termo identifica como patológicos comportamentos parentais ou da criança que seriam decorrentes de um contexto social muito mais amplo (ROVINSKI, 2017).

Por fim, Nuske e Grigorieff (2015) complementam ainda que, a alienação se configura como uma forma de abuso e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, além de violar preceitos constitucionais, como o melhor interesse da criança, a dignidade humana e a paternidade responsável (NUSKE; GRIGORIEFF, 2015).

#### **4. ALIENAÇÃO PARENTAL – LEI Nº 12.318/10**

A Lei de alienação Parental adota orientação Constitucional, a luz do artigo 227 da CF/88, devendo assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e adolescentes, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1988).

Juntamente com a Lei nº 12.318 de 27 de agosto de 2010, tem a finalidade de investigar na literatura sobre Alienação Parental (que envolve questões do Direito, da Psicologia e da Sociologia), que o amparo jurídico que esta legislação traz está em sintonia com a proteção instrumental da família do artigo 227 da CF/88, reconhece o espaço privilegiado em resguardar relação paterno-filial como valor em si, e não como decorrência da conjugalidade (BRASIL, 2010).

Ao elaborar a Lei nº 12.318/2010, o legislador pátrio uniu as concepções de Gardner e de Darnall, vez que a lei se preocupa com o ato de Alienação Parental (como constelação de comportamentos) ao mesmo tempo em que reconhece que sua consequência direta é a produção de interferência psicológica (apesar de não se referir expressamente à SAP) em uma criança ou adolescente, como se observa da expressa dicção do *caput* do seu artigo 2º:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou

que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

Na Lei não foi adotado o termo técnico “síndrome” e atribuiu conteúdo próprio à alienação parental, dando destaque ao caráter antijurídico deste comportamento. Apesar disso, assim como Gardner, a abordagem legislativa deste fenômeno adota como princípio a conduta do alienador, ao definir a alienação parental como atos que interferem na formação psicológica da criança ou adolescente para que repudie o genitor ou que causem prejuízo à formação e manutenção de vínculos afetivos com este (ROVINSKI, 2017).

O rol descritivo estabelecido no parágrafo único do artigo 2º da LAP (Legislação da Alienação Parental) não deixa dúvida quanto a este aspecto todas as condutas exemplificativas arroladas dizem respeito a conduta daquele que perpetra o ato de alienação parental.

Como afirma Perez (2013, p.44):

De início, a lei pretendeu definir juridicamente a alienação parental, não apenas para afastar a interpretação de que tal, em abstrato, não existe, sob o aspecto jurídico, mas também para induzir exame aprofundado em hipóteses dessa natureza e permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno. (...) Também não é necessário que haja efetivo repúdio da criança ou adolescente contra o genitor alvo do processo de alienação, mas prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este, a reforçar o traço preventivo da lei. Em sentido oposto, evidentemente não se considera que qualquer manifestação de repúdio da criança ou adolescente contra o genitor, sem exame da dinâmica que lhe dá origem, denuncie a presença de alienação parental. (PEREZ, 2013, p. 44).

Percebe-se também que a LAP não pressupõe que atos de alienação parental sejam levados a efeito pelo genitor guardião ou residente e tampouco no contexto do divórcio litigioso.

Maria Berenice (2013, p. 16) reforça que os atos de alienação parental podem ser praticados pelo genitor não residente ou não guardião, pelos avós ou simplesmente por quem detenha a criança ou adolescente sob sua guarda, autoridade ou vigilância, na constância da união conjugal ou não (DIAS, 2013). Pode aqui ser observado que o referido dispositivo legal, amplia a conduta alienante a demais pessoas do âmbito familiar, afasta o mito do gênero na compreensão deste comportamento, que pode ser adotado indistintamente pelo pai, pela mãe e pelos demais membros da família extensa, corroborando a compreensão ampla do fenômeno da alienação parental (DARNALL, 2008).

Em contrapartida, a proposta de avaliação da alienação parental com ênfase às reações psicológicas com retratado por Perez (2013, p. 46), o genitor rejeitado pela própria criança ou adolescente neste processo, foi rechaçada na composição da LAP sob o argumento de que esta abordagem *“parece contribuir para o rompimento da dinâmica familiar que leva ao abuso emocional”* (PEREZ, 2013).

Desta maneira visualiza-se três pontos centrais decorrentes da Lei 12.318/10, a saber:

1. são atos praticados, normalmente, na intimidade do lar e na presença da criança e do adolescente; 2. são atos praticados, usualmente sem vestígios materiais/documentais; 3. e a motivação de tais atos é de complexa ou difícil constatação.

Destarte, a Lei da Alienação Parental dá ênfase ao caráter antijurídico do ato de alienação parental, que recomenda intervenção estatal, e não à patologia que pode advir deste processo, *“sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza”* (PEREZ, 2013, p. 46). Além de que, a existência do fenômeno pelo qual a criança constrói uma relação de lealdade com um dos seus genitores em detrimento do outro no contexto do conflito pós-divórcio não é contradita mesmo por aqueles que refutam a existência de uma síndrome psicológica nestes casos (ROVINSKI, 2013, p. 87).

Essas reflexões possuem como escopo demonstrar a natureza eminentemente subjetiva da prática da Alienação Parental, que, comumente, não deixa vestígios materialmente documentáveis a permitir, como é usual no processo judicial, sua aferição de certeza e exatidão (BRASIL, 2010).

Para a ocorrência desta constatação de alienação, é recomendado a realização de perícia biopsicossocial para a averiguação dessa prática, e, de outro, possibilitado a adoção das medidas a que se refere o artigo 6º da Lei nº 12.318/2010 mesmo sem a efetiva prova do ato de alienação (BRASIL, 2010).

Art. 6. O pedido de ressarcimento caracteriza atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2010).

O artigo 4º da referida lei, traz regras processuais para a tramitação do processo e de medidas cautelares para conservação e garantia da convivência entre o menor e genitor alienado. Quando for constatado a ocorrência de alienação parental ou indícios desta, o interessado poderá discutir o fato no judiciário em ação autônoma ou incidental (BRASIL, 2010).

Art. 4. Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação

entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas

#### 4.1 ALIENAÇÃO PARENTAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Os direitos fundamentais descritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção a direitos garantidos às crianças e aos adolescentes, previstos, especificamente nos caputs dos artigos 226 e 227, senão veja-se:

Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Desta forma, percebe-se que todo o ordenamento jurídico brasileiro, que tem por base a Constituição Federal de 1988, deve respeitar os direitos fundamentais acima mencionados, devendo ser efetivados pela família, pela sociedade e pelo Estado, para que as crianças e os adolescentes possam ter o mínimo de dignidade.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente verifica-se a existência de princípios norteadores de todo o direito, no que concerne às crianças e aos adolescentes. Princípios tais que garantem o melhor interesse do menor, e que buscam protegê-los, com a finalidade de fazer da infância um momento mágico, com desenvolvimento eficaz de todas as áreas que necessitam se formar, assegurando ao menor o bem-estar do mesmo.

#### 5. BEM-ESTAR DO INFANTE E PROTEÇÃO LEGAL LEI Nº 12.318/10

O bem-estar como definido em 1995 por Ryff e Keyes, se manifesta através de um elemento cognitivo, chamado de satisfação de vida, esse componente afetivo é identificado pelo afeto seja ele positivo ou negativo (RYFF; KEYES, 1995).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 lançou o nascimento do que viria a ser um dos maiores avanços legislativos no que tange à infância, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990). O Estatuto prevê que se proporcione o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e dos adolescentes (artigo 3º) e a efetivação dos direitos fundamentais referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (artigo 4º) (BRASIL, 1990).

A Lei 12.318/10 foi idealizada e promulgada sob uma perspectiva que prioriza o Estado Social de Direito, tem por finalidade a convivência familiar saudável e o desenvolvimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito.

No sentido de resguardar as crianças e os adolescentes exatamente das pessoas que não as tratam como tal. Proteger das pessoas que manipulam e distorcem a realidade em benefício próprio, tratando os infantes como moeda de barganha.

O direito à convivência familiar encontra-se dentre os direitos fundamentais da infância e juventude, independentemente de ter sido encerrada a relação pessoal entre seus genitores, a prática de alienação parental uma vez configurada e o descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente, destarte, necessita de proteção por parte dos pais, organizações, instituições como o Poder judiciário, Ministério Público e Conselho tutelar (NUNES, 2012).

Com a finalidade Maria Berenice Dias (2017, p.131) comenta que a tal finalidade é de solucionar impasses em acusações de alienação parental, a investigação dos valores envolvidos deve ser criteriosa, em vista a dar prevalência ao princípio que melhor atenda aos interesses da criança (DIAS, 2017). Conforme bem alude o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, de acordo com a perspectiva de proteção integral conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o infante tem direito à convivência familiar, desde que tal convívio não provoque prejuízos que impeçam seu pleno desenvolvimento (CUERVA, 2017).

Destarte, se o conjunto fático-probatório indique mais danos do que proveitos causados pela convivência com um genitor rejeitado expressamente pela criança, é crucial que ocorra a sua interrupção, ainda que temporária.

Não existe, portanto, melhor interesse da criança pois tão somente após a avaliação de todas as pessoas envolvidas, bem como dos valores enredados, é que se pode verificar a melhor medida para a proteção da criança, a fim de causar-lhe o menor prejuízo possível. Desta forma ainda existe aberturas me compreender se a referida lei está contribuindo ou não para a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto manter o bem-estar e qualidade de vida da criança e adolescente tem um sentido mais restrito, que implica os aspectos mais diretamente associados às doenças ou intervenções em saúde que abrange dimensões: 1. física, que compreende a percepção do indivíduo sobre sua condição física, 2. psicológica, ou seja, a percepção do indivíduo sobre sua condição afetiva e cognitiva. 3. social, que é a percepção do indivíduo sobre os relacionamentos sociais e os papéis sociais adotados na vida, ficando dessa forma todos os seus direitos resguardados ao poder do Estado.

#### 5.1 PODER DO ESTADO E A PROTEÇÃO INFANTO-JUVENIL ASSEGURADA PELO PSICÓLOGO E ASSISTENTE SOCIAL

Aponta-se para as questões de que a Alienação Parental tem se tornado cada vez mais recorrente no cotidiano atual. Tal prática pode causar sérios prejuízos para os genitores (alienante e alienador) e, principalmente para a criança alienada, pois acaba se afastando de um dos genitores e gerando injustificadamente inúmeros sentimentos negativos com relação a este. O judiciário sempre olhará para a criança e/ou adolescente buscando sempre o melhor para o seu desenvolvimento psicológico, social e físico (SILVA et al. 2018).

A atuação do psicólogo como assistente técnico no poder judiciário é prevista na resolução nº 008/2010 do Conselho Federal de psicologia tal se faz quando a prova depender de conhecimento científico e técnico. Havendo indícios de práticas alienadoras, cabível a instauração de procedimento, que terá tramitação prioritária, devendo a perícia psicológica ou biopsicossocial ser apresentada em 90 (noventa) dias. Como dita Moreira (2012, p. 132), os *“juízes de varas de família, em geral, determinam a realização de perícia psicológica para instruir suas decisões em processos (ou ações) judiciais que envolvem a guarda e/ou visitação de menores - crianças e adolescentes”* (MOREIRA, 2014).



É de grande importância a atuação do psicólogo concomitantemente com o procedimento judicial nos casos envolvendo a Síndrome de Alienação Parental. Uma leitura da dinâmica psíquica de cada envolvido na situação familiar é importante desde que não encubra os diferentes níveis de responsabilidade e dificuldades de cada genitor (MOREIRA, 2014, p. 128). Na medida em que envolvem questões mais sérias e complexas, a lei se faz necessária como regulador, sem o que não há sustento de quaisquer outros meios interventivos. Há que se colocar que amor parental transpõe o afeto e os cuidados práticos com os filhos, necessitando da lei para transmitir algo que permita à criança, que está na dependência do outro parental, não sofrer prejuízos.

Como ressalta Ramos (2015, p. 169) nas disputas familiares, é de suma importância a presença do psicólogo, pois se está lidando com um ponto muito delicado do ser humano, representado pelo seu universo de relações mais íntimas, suas significações subjetivas. O psicólogo na Vara de Família pode atuar como perito ou assistente técnico, além de mediador. O psicólogo, seja ele perito ou não, executará suas atividades nos processos de separação, disputa de guarda, regulamentação de visitas e destituição do poder familiar (RAMOS et al., 2015).

Por outro lado, o papel desempenhado pelo assistente social no que tange o direito do menor, cabe ao “Estado de prover condições à preservação física e moral da infância e da juventude e o direito dos pais miseráveis de invocar auxílio do Estado” (PAIÃO et al., 2016, p. 24). Compreende-se que se faz necessária uma abordagem que considere o aspecto sócio histórico da constituição dos papéis parentais, entendendo os sujeitos enquanto seres em constante construção e transformação, afetados pelas mudanças societárias que repercutem nas relações sociais, portanto, também nas relações familiares. Ademais, como dita Batista (2016, p. 21) a lei que trata da alienação parental prevê que esta será detectada por meio de perícia psicológica ou “biopsicossocial”, e traz em seu texto várias consequências para aquele que for considerado “alienador” no que se refere à atuação da/o assistente social, compreendemos que passa ao largo da punição, mas antes da reconstrução das histórias de vida dos sujeitos que se encontram em meio aos conflitos familiares judicializados (BATISTA, 2016). É importante lembrar como tido anteriormente no texto, que o contexto social e econômico por vezes é motivo de instauração da alienação parental e que isso também ocorre em famílias que tem uma situação financeira ordenada. Cabe aos assistentes sociais pensar a SAP numa perspectiva interligada às relações familiares como relações socialmente construídas.

Os métodos que os Assistentes sociais utilizam para obter informações acerca do que ocorrem em meio familiar e relação a alienação parental descritos por Paião (2016) são: “A entrevista que serve de subsídio para o levantamento de dados que compõe o histórico de vida do usuário a partir daí pode se haver um confronto do conhecimento com o objetivo que se deseja alcançar”.

Ressalta ainda que em serviço social é por meio da entrevista que se consegue estabelecer o vínculo entre duas pessoas, esse método por ser complementado ainda por uma visita domiciliar que objetivará a situação real e o contexto no qual a criança ou adolescente está inserido e persuadido em questão do conflito parental. No decorrer da visita, como na entrevista, utiliza-se a técnica da observação, que consiste na habilidade de perceber a realidade e o convívio familiar e o estudo da situação social se materializa através dos relatórios, laudos e pareceres sociais (instrumentais indiretos), sendo estas maneiras de registrar com objetividade a descrição dos sujeitos e elementos que os envolvem (PAIÃO, 2016).

## **6. ANÁLISE DOS DADOS E INTERPRETAÇÃO DOS RESULTADOS**

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, que possam desencadear a síndrome de alienação parental.

A síndrome da Alienação Parental (SAP) seria um distúrbio que surge inicialmente nos contextos das disputas em torno da custódia infantil e que tem a manifestação de denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) juntamente com a contribuição da própria criança para denegrir ainda mais a imagem de um dos genitores.

Observa-se que o Brasil é um dos poucos países a legislar sobre a Alienação Parental. Não há como negar ser um grande avanço, por ser uma lei muito bem elaborada, na qual auxilia aos que sofrem ou já sofreram com esta condição.

A Lei de Alienação Parental proporciona ao Judiciário, estruturas apropriadas para conter este tipo de violência, quando detectado no andamento de uma ação na Vara de Família. Revogar a Lei seria nada mais do que um verdadeiro retrocesso.

Esta norma foi um avanço no Direito de Família por reconhecer a responsabilidade psicológica dos pais em relação às crianças. Muitos possíveis alineadores modificam seus comportamentos por saber que há uma Lei e

receberem devida orientação sobre os efeitos de seu comportamento. Não dá para culpar a Lei de Alienação Parental pela conduta de algumas pessoas mal-intencionadas.

A importância da Lei da Alienação Parental reside na tutela dos direitos da personalidade da criança e do adolescente e do genitor que é alvo de um processo alienante, mediante a particularização desta forma de abuso. A tutela desta condição existencial evidencia o empenho da ordem jurídica com a realização do afeto e da dignidade da pessoa humana. Não obstante, existem vários aspectos relacionados à compreensão e aplicação da LAP que exigem a avaliação interdisciplinar para que sua implementação seja bem-sucedida, sob pena de conferir ao melhor interesse da criança um conteúdo que não condiz com este princípio.

Por fim, o Ordenamento Jurídico com o apoio do psicólogo e de assistentes sociais passaram a explicar que quaisquer condutas da criança ou do adolescente de rejeição a um dos genitores quando de separações litigiosas, identificam nas crianças as manifestações comportamentos desenvolvidos decorrentes de um contexto social em que se é manipulado sofrendo uma violência psicológica.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A contribuição que a lei nº 12.318/10 traz para amenizar os danos causados por esse jogo de manipulação que pode durar anos e gerar consequências gravíssimas na formação do infante, é de dar voz a criança e junto com auxiliares profissionais psicólogos e assistentes sociais, é de identificar o problema de origem da alienação parental, assim podendo proporcionar ao infante uma melhor qualidade de desenvolvimento afetivo, que só possam ser desfeitos totalmente quando esta adquira alguma independência do genitor/parente que aliena. Enquanto isso, todo o ordenamento jurídico luta diariamente para manter as garantias fundamentais do menor, para que o próprio possa exercer seu poder garantido pela constituição de desfrutar da sua infância com qualidade de vida.

## **REFERÊNCIAS**

CARVALHO, Edson Evangelhista. A Participação da Família na Escola e as suas Implicações na Formação Social da Criança. 2017. Disponível em: < <https://psicologado.com.br/psicologia-geral/desenvolvimento-humano/a-participacao-da-familia-na-escola-e-as-suas-implicacoes-na-formacao-social-da-crianca>>. Acesso em: setembro de 2019.

Civil. São Paulo, 2012.

DARNALL, D. New Definition of Parental Alienation. What is the Difference Between Parental Alienation (PA) and Parental Alienation Syndrome (PAS)?. (2005)

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Síndrome de Alienação Parental. O que é isso? **In: Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião**. APASE (organizado pela Associação de Pais e Mães separados). Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

FONSECA, P. Síndrome de alienação parental. *Pediatria*, São Paulo, n. 28(3), 2006.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Síndrome de Alienação Parental. **In: Revista brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.40, fev./mar. 2007.

GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child- Custody Disputes? *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):93-115, (2002). Disponível em: < <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 11 de setembro de 2019

GARDNER, Richard Alan. **Recommendations for dealing with parents who induce a parental alienation syndrome in their children**. 1998, <http://rgardner.com/refs/ar3.html>

GARDNER, Richard Alan. **The Parental Alienation Syndrome**. 2. ed. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LITO, Ana Maria Franco Marques. **família(s), fratria(s) e droga(s): a perspectiva do próprio e do seu irmão(ã) estudo comparativo de trajetórias de vida**. [tese]. Faculdade de Psicologia, Lisboa. 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015,.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. [tese]. Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 2010.

NUNES, Bárbara Evelyn Crispim; OLIVEIRA, Bianca Freitas. Alienação parental: a importância da psicologia jurídica para solução do problema familiar. Disponível em: < <https://www.webartigos.com/artigos/alienacao-parental-a-importancia-da->

[psicologia-juridica-para-solucao-do-problema-familiar/118211](#)>. Acesso em: Dezembro de 2018.

NUSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF Alexandra Garcia. Alienação Parental: Complexidades Despertadas no Âmbito Familiar. Pensando Famílias, Vol.19, n.1, jun. 2015, p.77-87

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. **(Con)formação da(s) identidade(s) da mulher no Direito das famílias contemporâneo: perspectivas feministas sobre o individual e relacional em família.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015.

OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente.** Dissertação (mestrado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito

PAIÃO, Ivana Célia Franco, **O assistente social do judiciário no contexto de alienação parental.** Disponível em: <<https://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2016/05/socializando-2016-1-2.pdf>>. Acesso em: dezembro de 2018

PAIÃO, Ivana Celia Franco; PAULINO, Claudia de Souza. **O assistente social do judiciário no contexto da alienação parental.** [artigo]. 2016. Universidade Paulista, Palmital-SP

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** São Paulo: Del Rey, 2005.

PEREZ, Elizio Luiz. **Breves Comentários Acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010).** In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-67

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Repensando a Síndrome de Alienação Parental.** In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 88. 15

RYFF, C.D; KEYES, C.L.M. the structure of psychological well-being revisited. *Journal of personality and social psychology*.vol.69, p.719-727, 1995.

SAVAGLIA, Fernando. Amor exilado. **In: Psique Ciência e Vida.** Ano IV – nº 43. São Paulo: Escala, 2009.

SILVA, Ana Luisa Mendes da. A importância da família na saúde e no bem-estar da criança e do jovem. [Mestrado] em Enfermagem. Escola Superior de Enfermagem de Lisboa. Lisboa. 2014.

SILVA, Vilmar Antônio da. SARMENTO, Paulo Genner de Oliveira. A síndrome da alienação parental e seus aspectos jurídicos. 2018. Disponível em: < <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n link=revista artigos leitura&artigo id=7039?n link=revista artigos leitura&artigo id=13298&revista caderno=14>>. Acesso em: dezembro de 2018.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome de alienação parental**. São Paulo: Cortez, 2010.

TAVARES & AUGUSTO. A evolução da ideia e do conceito de família. 2014. Disponível: <https://advocaciapajusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-familia>. Acesso em: dezembro de 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Bruna Meneses. **Diferença entre alienação parental e síndrome de alienação parental (SAP) e suas consequências para criança ou adolescente**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 20 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590957&seo=1>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. **In: Incesto e alienação parental**. DIAS, Maria Berenice (coordenação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOTAS:

---

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Escola da Magistratura de Pernambuco.

[2] Delegada de Polícia Civil em Pernambuco.

## A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DE BUSCA PESSOAL REALIZADO PELOS AGENTES DE SEGURANÇA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

**MAIRA VIRGÍNIA DUTRA MACHADO:**

Procuradora do Banco Central do Brasil. Pós-graduada em Direito Público e em Direito Penal.

**RESUMO:** Neste trabalho busca-se apurar se a decisão proferida pelo STJ no HC 470.937/SP, restringindo a prática da busca pessoal aos órgãos de segurança pública, previstos no artigo 144 da Constituição Federal, impedirá a execução do procedimento pelos agentes de segurança nos tribunais de justiça. O Novo CPC dispõe quais decisões podem ser qualificadas como precedentes obrigatórios. Nesse sentido, ao verificar que a referida decisão possui caráter persuasivo entende-se que a *ratio decidendi* da decisão não é aplicável aos agentes de segurança dos tribunais de justiça. Por fim, mesmo com a promulgação da Lei nº 13.869, de 2019, verificar-se-á que a busca pessoal realizada pelos agentes de segurança dos tribunais de justiça não configura o crime de abuso de autoridade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes, Busca Pessoal, Constrangimento Ilegal.

**ABSTRACT:** In this paper seeks to determine whether the decision issued by the STJ in HC 470.937/SP, restricting the practice of personal search to public security agencies, provided for in article 144 of the Federal Constitution, will prevent the execution of the procedure by security agents in the courts of justice. The New CPC sets out which decisions may qualify as mandatory precedents. Accordingly, by finding that the decision is persuasive, it is understood that the ratio decidendi of the decision is not applicable to the security staff of the courts. Finally, even with the enactment of Law No. 13,869 of 2019, it will be verified that the personal search carried out by the security agents of the courts does not constitute the crime of abuse of authority.

**KEYWORDS:** Precedents, Personal Search, Illegal Embarrassment.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A decisão proferida no HC 470.937/SP. 3. Sistema de precedentes aplicável no Processo Penal. 4. A decisão no HC 470.937/SP como precedente persuasivo. 5. A decisão no HC 470.937/SP e a aplicação da técnica do distinguishing. 6. A busca pessoal executada por agentes de segurança nos tribunais de justiça. 7. A busca pessoal e a Lei nº 13.869, de 2019. 8. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reascendeu as discussões sobre a interpretação do artigo 244 do Código de Processo Penal (CPP) e os limites da busca pessoal. Na paradigmática decisão, proferida no HC 470.937/SP, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 04 de junho de 2019, a Egrégia Corte decidiu que são ilícitas a revista pessoal realizada por agente de segurança privada e todas as provas daí decorrentes.

O tema é de suma importância para a área jurídica, uma vez que diz respeito aos limites da invasão da esfera jurídica do cidadão, em especial no que tange ao direito da intimidade. Nesse sentido, deve-se realizar estudo aprofundado e atualizado sobre o emprego do artigo 244 do CPP e a possibilidade de sua aplicação por outros órgãos, além dos descritos no art. 144 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

O tema tem uma relevância ímpar para a atividade das várias cortes de justiça do Brasil, que se utilizam de segurança institucional não só para realizar a proteção patrimonial e pessoal dos magistrados e servidores, como, também, para executar ordens de prisão proferidas em audiências, cumprimento de mandados de prisão, com consequentes atos de abordagem e buscas pessoais.

Em outro giro, tendo em vista o sistema de precedentes inaugurado com o Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária uma análise preliminar para identificar se o referido sistema é aplicado no âmbito criminal e se a decisão proferida no HC 470.937/SP é um precedente com força vinculante ou de caráter persuasivo.

Em seguida, será feito um exame do precedente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça com os procedimentos de busca pessoal frequentemente realizados pelos agentes de segurança dos tribunais de justiça. Logo após, será realizada uma abordagem específica sobre o procedimento de busca pessoal e sua legalidade.

Por fim, com a promulgação da Lei nº 13.869, de 2019, a nova lei sobre abuso de autoridade, procurou-se identificar possíveis questionamentos sobre a legalidade da execução do procedimento de busca pessoal realizada pelos agentes de segurança nos tribunais e se a referida prática configura o crime do abuso de autoridade. É com este objetivo: analisar a prática dos atos de busca pessoal pelos agentes de segurança institucional que será realizado todo estudo da decisão ora comentada e sua repercussão prática no cotidiano das cortes que se utilizam de um quadro próprio de segurança institucional.



## 2. A DECISÃO PROFERIDA NO HC 470.937/SP

No HC 470.937/SP, o STJ apreciou *habeas corpus* impetrado por cidadão que, se utilizando do metrô na cidade de São Paulo, foi preso por agentes de segurança da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) pela prática do crime de tráfico de drogas.

Segundo denúncia elaborada pelo Ministério Público paulista, o impetrante foi abordado por agentes de segurança da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CTPM), sob o fundamento de ter demonstrado preocupação diante da presença dos mencionados seguranças. Os agentes, com o intuito de coibir a prática de vendas em geral dentro do transporte público e por acreditarem que o impetrante era vendedor ambulante, procederam uma busca pessoal no usuário do serviço; oportunidade, em que, os empregados da concessionária encontraram dois tabletes de maconha, com peso líquido de 501,9g (quinhentos e um gramas e nove decigramas) .

A discussão central no referido HC é sobre a legalidade da prática dos atos de busca pessoal realizados por pessoas não integrantes dos quadros da segurança pública, quais sejam, aqueles listados no art. 144 da Constituição Federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, dispõe que a segurança pública é exercida por meio dos seguintes órgãos: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. Nessa esteira, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo defendeu, em sede de *habeas corpus*, a tese de que apenas os órgãos destacados no art. 144 da Carta Magna seriam legitimados para a prática de atos que invadam a esfera íntima do cidadão, como é o caso da busca pessoal.

No voto elaborado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, acolhendo a tese da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ressaltou-se que somente autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal.

Consoante a referida decisão, a prática adotada pelos agentes de segurança da concessionária do serviço de transporte metroviário carece de aparato legislativo e sua prática configura constrangimento ilegal. Destacou-se, no voto, o direito fundamental previsto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Destarte, ao verificar a *ratio decidendi* do mencionado *habeas corpus*, extrai-se a seguinte tese: é vedada a prática do procedimento de busca pessoal por

peças que não se enquadram dentre aquelas listadas no art. 144 da CF/88. As atividades de policiamento e investigação são exclusivas das Polícias Federal, Civil e Militar, conforme dispõe o texto constitucional.

Analisando o referido *habeas corpus*, os ministros do STJ decidiram, por unanimidade, conceder a ordem por entenderem que a busca pessoal foi ilícita, em razão de não ter sido realizada por um dos agentes listados no art. 144 da CF/88, bem como as provas obtidas por meio desse procedimento.

Com base nessa decisão, deve-se, de início, realizar um primeiro questionamento. A decisão sob análise é um precedente vinculante que servirá de paradigma para futuros julgados ou um precedente persuasivo, permitindo-se decisões contrárias com menor ônus argumentativo? A resposta para essa pergunta poderá ser obtida mediante uma análise da aplicação do sistema de precedentes no âmbito criminal e a decisão objeto de estudo.

### **3. SISTEMA DE PRECEDENTES APLICÁVEL NO PROCESSO PENAL**

O novo sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 tem como objetivo dar maior coerência ao ordenamento jurídico, bem como estabilidade, previsibilidade, consistência e transparência às decisões judiciais.

Dessa forma, com escopo de dar uniformidade e integridade ao direito, o novo sistema de precedentes adotado no Brasil passa a garantir maior estabilidade e confiança às decisões judiciais.

Torna-se clara a opção do legislador pela busca de maior segurança jurídica, por meio do respeito aos precedentes, conforme se observa do texto do art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC de 2015. O dispositivo é certo ao informar que não se considera fundamentada a decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

Como dito, o mencionado artigo foi introduzido no Código de Processo Civil com a finalidade de que as decisões judiciais sejam tomadas com maior coerência e integridade, vale dizer, que não destoem de outras decisões já proferidas sobre o mesmo tema e ante as mesmas circunstâncias. A propósito, não só o artigo 489 do citado diploma processual demonstra esse objetivo, mas o novo sistema processual adotado, com o intuito de conferir segurança jurídica e estabilidade à sociedade, como se extrai da simples leitura dos artigos 926 e 927 do CPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

II os enunciados de súmula vinculante;

III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Com esse espírito, o legislador entrega à sociedade, conforme exposição de motivos do anteprojeto do CPC/2015, um sistema capaz de garantir segurança jurídica e tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Por essas razões, é de salutar importância entender qual tipo de decisão pode ser qualificada como precedente. Porém, antes, é primordial entender o que é um precedente.

Sem pretensão de esgotar o tema, tendo em vista que não é o escopo do presente artigo, mister se faz mencionar que não há uma posição consolidada sobre o que seja um precedente.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira entendem o precedente como a decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O precedente, segundo os referidos juristas, é a própria *ratio decidendi* (DIDIER JR, 2018).

Em sentido diverso, Alexandre Câmara considera que o precedente seria o pronunciamento judicial, emitido em processo anterior, que serviu de fundamento para a construção de outra decisão judicial. Ou seja, seriam os fundamentos utilizados em decisões anteriores qualificados pelo uso superveniente em outras decisões judiciais, sendo paradigma de entendimento de determinado juízo (CÂMARA, 2017).

Pede-se vênia para trazer um conceito próprio sobre o que seria o precedente. Defino precedente como a decisão tomada no caso concreto, formada após contraditório substancial, cujos fundamentos servirão de paradigma para julgamentos de casos futuros. Desse modo, o precedente estaria no bojo da fundamentação e não no dispositivo. Sendo este último, o produto, no caso concreto, da utilização da fundamentação extraída do precedente.

Percebe-se, desse modo, que ainda não se tem um conceito unânime sobre o que seja precedente.

Verifica-se, contudo, diferenças e similitudes entre as definições trazidas até agora para o instituto dos precedentes judiciais. Pode-se dizer que o precedente, *latu senso*, é composto por três elementos fundamentais. O primeiro elemento é a situação de fato objeto do litígio, isto é, o próprio caso concreto. O segundo elemento é o preceito legal, a tese, o princípio que serviu de alicerce para a resolução do litígio, encontrando-se na motivação da decisão; seria a *ratio decidendi*. Por fim, o terceiro item, a própria argumentação.

Nesse contexto, oportuno mencionar que se observa uma aproximação cada vez maior com o sistema jurídico do *common law*.

Aos poucos, a jurisprudência e os precedentes vêm assumido uma importância mais elevada no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre mencionar que o Brasil adota o sistema da *civil law*.

O modelo da *civil law* considera a lei como a fonte primária do Direito, o qual é positivado e escrito. Nesse modelo, o julgador atua como intérprete e aplicador da lei. Por sua vez, no sistema jurídico da *common law*, as normas e as regras não preponderam sobre os costumes e a jurisprudência, fonte primária no referido sistema. São institutos do *common law*: a) *Stare decisis* – origina-se do direito inglês, constituindo-se na doutrina em que as decisões proferidas pela corte de superior hierarquia têm caráter vinculante para todas as cortes de instância inferior, traduzindo-se, dessa feita, em uma confirmação de submissão dos tribunais aos seus próprios precedentes; b) Precedente – aqui defendido como uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cuja a *ratio decidendi*, núcleo primordial da decisão, pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos; c) Jurisprudência – compreendida como um conjunto de decisões e interpretações das leis realizado pelos tribunais; d) *Distinguish* – técnica utilizada para averiguar a distinção entre o caso concreto e o paradigma para se analisar a identidade ou não entre eles; e e) *Overruling* - superação do precedente em razão da modificação dos valores sociais ou de equívoco em sua aplicação.

Com a edição do novo Código de Processo Civil, tornou-se possível a utilização de todos esses institutos, não sendo demais rememorar que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, iniciou uma significativa reforma no que tange aos precedentes, inovando em nosso ordenamento jurídico com a permissão de inserção das súmulas vinculantes, da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

Nesse desiderato, as decisões judiciais adquirem importância ímpar, seja para estabelecer soluções para o caso concreto, seja para criar diretrizes jurisprudenciais que contribuem para a própria conformação do ordenamento jurídico como um todo.

O novo Código de Processo Civil cuidou muito bem do sistema de precedentes judiciais, com o intuito de alcançar a uniformização e estabilização da jurisprudência, dispensando especial atenção à fundamentação dos atos judiciais, sejam eles interlocutórios, sentencias ou oriundos de colegiado, no sentido de não considerar fundamentada decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que

o caso sob julgamento se amolda àqueles fundamentos ou quando deixar de adotar enunciado de súmula, precedente ou jurisprudência trazidos pela parte, sem comprovar a existência de distinção (*distinguish*) ou superação do entendimento (*overruling*).

Feitas essas breves considerações, neste momento, cumpre saber se se aplica ou não o sistema de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito da justiça criminal.

Oportuno destacar, primeiramente, que o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil não podem ser vistos como ilhas estanques. Ambos diplomas se complementam, seja por meio dos dispositivos do Código de Processo Penal que fazem menção expressa à aplicação do Código Processual Civil, como é o caso do art. 362, do CPP, que dispõe que a citação por hora certa no processo penal seguirá a lei processual civil, seja por meio da aplicação da teoria geral do processo. Teoria esta que permite um diálogo de fontes entre as leis processuais civis e penais para solucionar problemas oriundos de anomia.

Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o uso do art. 28 do Código de Processo Penal nos procedimentos de natureza cível, como é o caso das ações civis públicas. Explicando de modo bem sucinto, o uso do art. 28 do CPP dar-se-á nos casos em que o membro do Ministério Público promove um arquivamento implícito por meio da restrição do alcance da ação civil pública, deixando de fundamentar expressamente sobre outros ilícitos já investigados em sede de inquérito civil. Nessa hipótese, cabe ao magistrado rever o arquivamento implícito do inquérito civil utilizando-se analogicamente o art. 28 do CPP.

Ainda, quanto ao sistema de precedentes, ressalte-se que o dever de fundamentação das decisões judiciais, extraído do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, sofre uma releitura com o advento do novo Código de Processo Civil. O referido diploma processual impõe ao magistrado um maior ônus quanto ao dever de fundamentação.

O parágrafo 1º do art. 489 do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses que não são consideradas fundamentadas as decisões judiciais. Como já mencionado, tem destaque o inciso VI do referido dispositivo que disciplina que não são consideradas fundamentadas as decisões que deixarem “de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Desse modo, o artigo 489 do Código de Processo Civil veio para disciplinar como o dever de fundamentação das decisões judiciais deverá ser realizado, servindo como instrumento de *compliance* da decisão judicial para com o dever constitucional extraído do art. 93, inc. IX, da CF.

Ademais, o Poder Judiciário necessita da fundamentação de suas decisões para exercer o compromisso democrático de prestação de contas, ou seja, de *accountability*. A fundamentação da decisão permite que a sociedade e o réu saibam os motivos pelos quais poderão ter seus direitos fundamentais, liberdade e patrimônio, restringidos pelo Estado. Portanto, no âmbito do processo penal, assim como no processo civil, as decisões devem ser devidamente fundamentadas, aplicando-se extensivamente o art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC.

Por esses motivos, identificar se determinada decisão pode ser considerada como precedente tem uma importância maior no ordenamento jurídico. Caso determinado precedente seja desconsiderado pelo magistrado, a decisão deverá possuir um ônus argumentativo maior, demonstrando, conforme dispõe o art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC, a existência de distinção com o caso sob julgamento ou a superação do entendimento firmado no precedente invocado pelas partes.

Nesse desiderato, torna-se necessário, em razão da aplicabilidade do sistema de precedentes e do dever de fundamentação do art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC, aplicável no processo penal, definir se a decisão exarada no HC 470.937/SP trata-se de precedente de caráter vinculante ou meramente persuasivo. E ainda, se caso entendido como precedente persuasivo, o fato de ter sido proferido por uma das cortes de vértice dá a ele qualidade diferenciada sobre os demais precedentes.

#### **4. A DECISÃO NO HC 470.937/SP COMO PRECEDENTE PERSUASIVO**

Antes do advento do CPC de 2015, já era possível verificar no sistema jurídico brasileiro uma valorização dos precedentes judiciais. Com a Emenda Constitucional nº 45, no ano de 2004, houve a criação da súmula vinculante.

Com o surgimento desse instituto, observou-se que as decisões judiciais proferidas pelas cortes de vértice, no caso o Supremo Tribunal Federal, ocuparam uma posição de primazia no ordenamento jurídico. Não só como norma do caso concreto, as decisões judiciais qualificadas servem para regular situações futuras. Pode-se, inclusive, falar na existência de um poder legiferante do judiciário brasileiro.

O CPC de 2015 veio para ampliar a aplicação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Como é cediço, o art. 927 do CPC/2015 estabelece

que os Juízes e Tribunais deverão observar os precedentes. Por sua vez, o artigo 332 do mesmo código disciplina as hipóteses que autorizam o julgamento liminar de improcedência, quando o pedido da parte contrariar os precedentes, desde que a ação dispense instrução probatória.

O Código de Processo Civil, tendo em vista as consequências da não aplicação do sistema de precedentes, permite que a doutrina faça uma classificação dos precedentes qualificando-os como precedentes com força vinculante e precedentes persuasivos.

Os precedentes vinculantes são aqueles que devem ser observados sob pena de gerar nulidade da decisão. Além de autorizarem o julgamento de liminar de improcedência do pedido e o julgamento monocrático pelo relator, geram, também, como consequência grave da sua inobservância, a inexigibilidade de título executivo judicial e a possibilidade de ação rescisória.

De modo contrário, a não observância dos precedentes persuasivos não impõem a nulidade da sentença. Contudo, o uso do precedente exige um esforço argumentativo menor do magistrado para elaboração de sua decisão que deverá verificar se a situação fática, a ele apresentada, enquadra-se na situação paradigma disposta no precedente persuasivo.

Em face da importância de identificar qual precedente possui força vinculante e qual possui caráter persuasivo, a doutrina utiliza-se do art. 927 do CPC/2015 como ferramenta para apontar a qualidade do precedente. Conforme o referido artigo, os juízes e tribunais devem seguir os seguintes precedentes: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Todas as hipóteses aqui descritas são tidas pela doutrina como precedentes qualificados pela sua força vinculante.

Após breve definição de precedente e suas diferentes classificações, calha definir se a decisão proferida no HC 470.937/SP é um precedente judicial e que tipo de força exercerá no ordenamento jurídico.

Como dito, precedente é a decisão tomada no caso concreto, formada após contraditório substancial, cujos fundamentos servirão de paradigma para julgamentos de casos futuros. Com base nesse conceito, pode-se entender que a



decisão tomada no HC 470.937/SP é um precedente, podendo ser utilizado como paradigma para casos futuros.

Contudo, observa-se pela leitura do art. 927 do CPC que não se está diante de um precedente com força vinculante. A presente decisão é um precedente de caráter persuasivo. A matéria possui como pano de fundo discussão de cunho constitucional, qual seja, a possibilidade de outros órgãos e pessoas privadas desempenharem funções ligadas à área de segurança pública.

A *ratio decidendi* extraída do HC 470.937/SP definiu que apenas os órgãos elencados no art. 144 da CF/88 poderiam executar o procedimento de busca pessoal, sendo ilegal o procedimento executado por particulares, com a consequente declaração de ilegalidade das provas obtidas por tal meio.

Portanto, tendo em vista que o princípio da segurança pública, extraído da interpretação constitucional do art. 144 da CF, está sob o prisma de análise no HC 470.937/SP, além da liberdade do cidadão, entende-se que cabe à Corte Constitucional definir a *ratio decidendi* com conteúdo vinculante.

Por essa razão, por não ser da competência do Superior Tribunal de Justiça definir com força vinculante questões de cunho constitucional, verifica-se que o precedente do HC 470.937/SP não possui força vinculante, constituindo-se, entretanto, precedente de grande caráter persuasivo em virtude do órgão que proferiu a decisão.

## **5. A DECISÃO NO HC 470.937/SP E A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DO DISTINGUISHING.**

Apesar de ser defendida a tese de que a decisão no HC 470.937/SP proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não ser um precedente de força vinculante, é necessário mencionar que a *ratio decidendi* de um precedente persuasivo pode vir a ter esse caráter vinculante dentro do sistema jurídico, por meio de outros institutos, entre eles o julgamento de recursos repetitivos.

Nesse sentido, faz-se necessária a devida análise do precedente firmado no referido HC, pois possui uma *ratio decidendi* forte, apta a influenciar outras situações aparentemente análogas.

Conforme mencionado, os precedentes vinculantes são de observância obrigatória por parte dos magistrados em suas decisões. Contudo, com a finalidade de averiguar se é a hipótese de ser utilizado o precedente, é necessário realizar o

exame e a interpretação do caso fático sob julgamento com o caso que originou o precedente.

Sem a realização desse cotejo analítico entre o caso sob julgamento e o precedente invocado, não há como se falar em uma devida fundamentação da decisão. Por esse motivo, com o intuito de se evitar uma aplicação equivocada dos precedentes firmados pelas cortes de vértice, deve-se utilizar das técnicas de confronto analítico dos precedentes, chamado no sistema de *common law* de *distinguishing*.

O *distinguishing*, segundo Fredie Didier Jr., é uma técnica de confrontação analítica entre precedentes judiciais e situações concretas. Por meio da técnica da distinção permite-se a comparação e a eventual distinção entre a *ratio decidendi* do precedente e as condições fáticas e jurídicas do caso sob julgamento. A referida técnica pode ser usada para deixar de aplicar o precedente ou para aplica-lo a casos não semelhantes, mas que, por uma questão de coerência, pode ser utilizado (DIDIER JR., 2018).

Desse modo, entendendo o *distinguishing* como técnica que realizará o confronto analítico entre a situação que originou a formação do precedente e o caso fático sob julgamento, deve-se utilizar a referida técnica para obter a resposta para o seguinte questionamento: a decisão no HC 470.937/SP veda que agentes da segurança institucional, não listados dentre aqueles previstos no art. 144 da CF, pratiquem o procedimento de busca pessoal?

Respondendo ao questionamento tem-se que, apesar de a *ratio decidendi* da decisão proferida no HC 470.937/SP ter sido a vedação da prática do procedimento de busca pessoal pelos agentes não listados no art. 144 da CF, verifica-se que o caso fático apresentado ao STJ distingue-se daquele hipoteticamente proposto, qual seja, a possibilidade de ser realizada a busca pessoal pelos agentes de segurança dos tribunais de justiça.

Os agentes de segurança dos tribunais são servidores públicos, com vínculo estatutário. De modo diverso, os empregados da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) possuem vínculo contratual com a empresa concessionária de serviços públicos. Ademais, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) é pessoa jurídica de direito privado, diferente dos tribunais de justiça, que são órgãos da administração pública federal.

Destarte, resta evidente que se está diante de situações fáticas completamente diversas que não permitem o uso da mesma *ratio decidendi*. Oportuno destacar que a administração pública federal e seus agentes podem

utilizar-se de procedimentos minimamente invasivos, como é o caso da busca pessoal. Vedar a prática do referido procedimento é restringir, de maneira irrazoável, o poder de polícia da administração para execução de suas atividades.

Destaque-se que a decisão tomada no referido *habeas corpus* não analisa a situação de servidores que, apesar de não estarem listados no art. 144 da Constituição Federal de 1988, auxiliam na execução do dever constitucional de promoção da segurança pública, como é o caso dos guardas municipais.

Por essa razão, tendo em vista que a *ratio decidendi* tem como alcance apenas as atividades de policiamento e investigação realizadas por particulares, vedando-as, pode-se afirmar que a mesma razão de decidir não se aplica a servidores da administração pública federal, estadual e municipal.

Contudo, apesar de entender que não é aplicável a *ratio decidendi* do HC 470.937/SP para fins de vedar a prática dos procedimentos de busca pessoal pelos agentes de segurança dos tribunais de justiça, ainda se deve realizar uma análise sobre a legalidade do procedimento. A falta de previsão legal para sua prática, conforme será visto, é passível de questionamentos por parte do cidadão face ao inegável constrangimento que está submetido quando da realização da busca pessoal.

## **6. A BUSCA PESSOAL EXECUTADA POR AGENTES DE SEGURANÇA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA**

O artigo 244 do Código de Processo Penal dispõe sobre a busca pessoal. A doutrina entende que a busca pessoal é gênero que se subdivide em duas espécies, busca pessoal por razões de segurança e busca pessoal de natureza processual penal (LIMA, 2016).

A busca pessoal por razões de segurança é aquela realizada em festas, boates, aeroportos, rodoviárias e no ingresso dos usuários em órgãos públicos. Destaque-se que não há regulamentação legal para a prática da busca pessoal. Contudo, a falta de previsão legal não a impede de ser realizada, devendo, no entanto, seguir parâmetros objetivos razoáveis em sua execução.

Mesmo inexistindo previsão legal que regule os procedimentos de busca pessoal por razões de segurança, alguns princípios constitucionais, em virtude da sua força normativa, devem ser seguidos como instrumentos norteadores para a execução da atividade. A proporcionalidade, a razoabilidade e a necessidade são alguns desses princípios que devem ser observados na execução do procedimento.

Pede-se vênia aos leitores para utilizar de jargão conhecido dentro da Academia de Polícia do Distrito Federal: “abordar por abordar é crime!”. Conforme dito, o ato de abordar, aqui entendido como ato de execução da busca pessoal, deve seguir um parâmetro mínimo e objetivo para sua realização, sob pena de configurar o crime de constrangimento ilegal. Da mesma forma que para a instauração do processo penal depende da presença da justa causa, para a execução do procedimento de busca pessoal há a necessária presença da fundada suspeita.

Assim, o Código de Processo Penal, em seu artigo 244, dá um norte para aqueles que executam a busca pessoal e define como legal aquela realizada desde que baseada em uma “fundada suspeita”. Mas o que seria essa tal ‘fundada suspeita’? É um critério puramente objetivo, com requisitos de fácil aferição, ou é um critério unicamente subjetivo que varia de acordo com o entendimento do executor da medida?

Os limites entre a legalidade e a ilegalidade dos atos de busca pessoal são tênues. Apesar de o art. 244 do Código de Processo Penal definir que sua prática dependerá de uma ‘fundada suspeita’, o mencionado conceito depende de uma interpretação do executor, devido a seu alto grau de subjetivismo. O Supremo Tribunal Federal, na decisão do HC 81.305/GO, negou a presença de fundada suspeita diante do fato de o revistado trajar um blusão suscetível de esconder uma arma. Segundo o Pretório Excelso, “a ‘fundada suspeita’ prevista no artigo 244 do CPP não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa”.

Dessa feita, a Suprema Corte entende que há certo grau de subjetivismo apto a fundamentar a realização do procedimento de busca pessoal. Assevera, no entanto, que este deve estar amparado por outros elementos, não podendo ser utilizados parâmetros unicamente subjetivos.

No entanto, que outros parâmetros objetivos seriam esses? Não há na decisão e na jurisprudência da Suprema Corte nenhum julgado que defina parâmetros objetivos a serem seguidos e aptos a legitimar a prática da busca pessoal.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a legalidade das provas obtidas por meio do procedimento de busca pessoal, fixa precedentes conforme a casuística apresentada. Nenhum dos casos levados à Suprema Corte serviu de paradigma para definir quais critérios devem ser utilizados para fins de legitimar o procedimento e eventuais provas auferidas.

Desse modo, constata-se ser cabível, com intuito de legitimar a prática do procedimento, o uso de diplomas normativos infralegais que o discipline de modo expresso. Ou, ainda, que vede a prática de determinado ato a ser coibido por meio da prática do procedimento de busca pessoal. Nesse último caso, entende-se que a há a presença de um parâmetro objetivo devido ao poder-dever implícito do agente em realizar o procedimento de busca pessoal para se atingir os fins pretendidos pela norma.

Cita-se, por exemplo, a Resolução nº 16, de 2015, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que proíbe o ingresso de pessoas armadas nos fóruns do Tribunal. Como coibir o ingresso dessas armas se não há a possibilidade do uso de esteiras de raio-x, portas giratórias e, em último caso, da busca pessoal.

Analisando o exemplo da Resolução nº 16, de 2015, do TJDFT, apesar de não haver previsão expressa quanto à prática do procedimento de busca pessoal pelos agentes de segurança do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, fica ressalvada sua prática pelos diplomas infralegais que disciplinam questões de controle de acesso e proteção de magistrados, servidores e jurisdicionados. Vedar a prática do referido procedimento afasta um dos instrumentos aptos a dar efetividade às normas de segurança interna e respectivo controle de acesso.

De modo diverso do que ocorre no ingresso em festas, boates e aeroportos, em que há uma relação contratual, no caso de ingresso de jurisdicionados ao fórum verifica-se uma relação de submissão à lei.

Nas hipóteses em que há uma relação contratual, aquele que não se submete à medida não poderá valer-se do serviço ofertado, nem tampouco frequentar o estabelecimento. Consequência, esta, não presente caso o jurisdicionado não se submeta aos normativos internos de controle de acesso. Negar o ingresso do jurisdicionado às dependências da corte é negar a prestação do serviço jurisdicional, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

Acrescente-se, ainda, que há situações onde o ingresso do jurisdicionado dá-se de modo cogente, exemplo disso é a testemunha que ingressa no fórum apenas em razão de uma condução coercitiva. Nesses casos, não cabe falar que é de livre escolha do jurisdicionado o ingresso no fórum, devendo, para fins de ingresso às dependências do Tribunal, presente a fundada suspeita, o cidadão submeter-se ao procedimento de busca pessoal para verificar se está portando armas ou algum objeto que coloque a vida de servidores, magistrados e outros jurisdicionados em risco.

Nesse sentido, entende-se que está presente o parâmetro objetivo que descaracteriza a discricionariedade e o critério unicamente subjetivo, o qual é vedado, conforme precedente do STF.

Ressalta-se, que até o momento foi tratada apenas da busca pessoal por razões de segurança, também chamada de busca pessoal preventiva. O fundamento dessa prática, repita-se, é garantir a segurança de pessoas e dos ambientes. Passa-se agora à análise dos procedimentos de busca pessoal de natureza processual penal, também chamada de investigativa, cujo objetivo é colher provas para eventual instauração de procedimento investigativo ou processo penal.

Como dito, a busca pessoal de natureza processual penal, tem como objetivo a colheita de provas. Regulada pelo art. 244 do Código de Processo Penal a busca pessoal investigativa deve ser realizada quando houver “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

O mencionado procedimento poderá ocorrer tanto na execução de busca domiciliar, decretada por meio de mandado judicial, como em carros ou transeuntes, independente de mandado. Apesar de também existir um fundamento de evitar a proliferação de armas e manutenção da segurança pública, a busca pessoal de natureza investigativa possui como principal objetivo a colheita de provas.

Desse modo, verificar a lisura do procedimento de natureza investigativa tem uma importância maior do que a existente no procedimento de natureza preventiva. Mesmo que no procedimento de natureza preventiva haja colheita de provas, a eventual irregularidade não afastará seu objetivo principal, qual seja, a garantia da segurança pública. De modo diverso, nos procedimentos de busca pessoal de natureza investigativa, o principal objetivo é colheita de provas. Provas estas, que não poderão ser aproveitadas em caso de ilegalidade na prática do procedimento.

Portanto, a análise dos parâmetros utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, que norteiam a legitimidade dos procedimentos de busca pessoal e colheitas de provas, determinará que tipo de análise deverá ser realizada pelos tribunais de primeira e segunda instância. Reiterando, conforme analisado, tratam-se de precedentes fortes dentro do sistema.

## **7. A BUSCA PESSOAL E A LEI Nº 13.869, de 2019.**

Com a promulgação da recente Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, dispondo sobre os crimes de abuso de autoridade, verifica-se a presença de um controle legislativo mais rígido sobre atividades ligadas à área de segurança pública.

O inciso II do artigo 13 do referido diploma dispõe que configura crime o ato de “constranger preso ou detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento ilegal não autorizado em lei”. E, ainda, o art. 33 do novo diploma dispõe que se considera crime ato de “exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal”.

Todos esses novos dispositivos, inaugurados pela Lei nº 13.869, de 2019, reascendem o questionamento realizado anteriormente sobre como a fundada suspeita poderá ser interpretada para fins de diferenciar um procedimento legal, como a necessária prática de atos de busca pessoal, de procedimentos ilegais e criminosos.

Reaparecem, com a Lei nº 13.869, de 2019, questionamentos como quais parâmetros podem ser utilizados para justificar e legitimar a busca pessoal. Será necessária a criação de diploma legislativo para regular o procedimento? Outra dúvida que emerge, deve-se realizar o procedimento apenas quando configurada a hipótese descrita nesta norma hipotética, ainda a ser criada? Caso essa norma não venha a existir, seria justo e razoável o agente deixar de executar o procedimento em razão da falta de previsão legal? Por fim, como fica a legalidade do procedimento e das provas colhidas antes do advento da Lei.

Todos esses questionamentos ainda não possuem uma resposta por parte da jurisprudência ou mesmo da doutrina, em razão de se tratar de uma recentíssima novidade legislativa. De todo modo, entende-se que a falta de um diploma legislativo que regule de modo expresse o procedimento de busca pessoal não representa um verdadeiro óbice para sua prática. Defende-se, ademais, que o parâmetro objetivo, necessário para a prática do procedimento, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal, pode ser extraído de um diploma que regule questões de controle de acesso e segurança de magistrado e servidores. Mesmo com o advento da Lei nº 13.869, de 2019, esse entendimento deve preponderar em razão de uma análise sistemática do referido diploma.

O artigo 33 da Lei nº 13.869, de 2019, apesar de ser taxativo ao considerar crime o ato de exigir obrigação de fazer ou não fazer sem expresse amparo legal, tem como exigência necessária para sua incidência a presença do elemento subjetivo descrito no parágrafo 1º do artigo 1º da referida Lei. Nesse sentido, dispõe

o destacado parágrafo: “As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”, sendo, portanto, exigido para a configuração do crime, além dos requisitos objetivos descritos no artigo 33, a presença dos elementos subjetivos do crime descritos no artigo 1º, parágrafo 1º, do mesmo diploma.

Por essa razão, entende-se que, apesar de não haver diploma legislativo que regule de modo expresso o procedimento de busca pessoal, a falta dos elementos subjetivos do tipo, quais sejam, prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro, capricho ou satisfação pessoal, afastam a incidência da Lei nº 13.869, de 2019, quando o procedimento de busca pessoal for realizado de modo razoável, proporcional e motivado pela fundada suspeita.

## **8. CONCLUSÃO**

O dever estatal de prestar segurança pública, decorrente do próprio art. 144 da CF/88, não prepondera sobre os direitos fundamentais da pessoa humana. O art. 1º, inc. III, da CF/88, traz como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio serve de vetor interpretativo para a prática de todos atos estatais e privados, incluindo, o procedimento de busca pessoal.

Neste sentido, a decisão exarada pelo STJ no HC 470.937/SP restringe a prática de atos invasivos, de natureza policial, como é o caso dos procedimentos de busca pessoal, apenas aos órgãos vinculados à área de segurança pública destacados no art. 144, da CF.

Contudo, após uso da técnica da distinção, verifica-se que o referido precedente não pode ser utilizado para limitar a prática da busca pessoal apenas aos órgãos listados no art. 144, da CF, tendo em vista que o procedimento de busca pessoal pode ser realizado em caráter preventivo, e não repreensivo ou investigativo; sua prática deve ser permitida desde que realizada de modo razoável, proporcional e com base em fundado motivo.

Nesses termos, entende-se que o fundado motivo para a prática dos procedimentos de busca pessoal pode ser extraído de atos normativos que conferem determinada atribuição aos agentes de segurança institucional, como é o caso da Resolução nº 16, de 2015, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ao conferir a atribuição de controle de acesso aos agentes de segurança, vedando a entrada de pessoas armadas nos fóruns, os agentes de segurança



possuem um fundado motivo, qual seja, a garantia do cumprimento da resolução, para se utilizar dos procedimentos de busca pessoal caso haja suspeita fundada que determinada pessoa esteja armada.

Por fim, verifica-se que, com o advento da Lei nº 13.869, de 2019, não muda o posicionamento ora defendido. Conforme destacado, para a configuração do crime de abuso de autoridade há a necessária presença do elemento subjetivo do tipo, qual seja, “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Portanto, apesar de ainda não existir um marco regulatório para o procedimento de busca pessoal, sua prática pelos agentes de segurança não configura um ilícito, pois o objetivo do procedimento é fazer valer os normativos internos que amparam a segurança de magistrados, servidores e jurisdicionados, tratando-se de instrumento útil e necessário para se atingir a finalidade almejada por normas de controle de acesso e segurança dos tribunais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 05/09/2019.

BRASIL. Lei 13.869/2019. Disponível em: Acesso em: 08/09/2019.

CÂMARA, Alexandre. O novo Processo Civil Brasileiro. 3º ed. São Paulo: ed. Gen, 2017

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: ed. Jus Podivm, 2018. V.1

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória . 14 ed. Salvador: ed. Jus Podivm, 2019. V.2

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 1º ed. Jus Podivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015.



## O COMETIMENTO DE TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES DENTRO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO TOCANTINS

**TAYLA MARINHO GOMES DA SILVA:**

Bacharelada em Direito pela FASEC.

Me. ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO[1]

**Resumo:** O presente artigo relata os tipos de transgressões disciplinares e os resultados dos processos administrativos disciplinares, apresentando o quantitativo de policiais que são alvos de processos administrativos por ano, bem como a breve análise do processo apuratório disciplinar e dos procedimentos adotados no âmbito da Polícia Militar do Estado para apuração e aplicação da punição disciplinar. Como referência para a análise, a observação direta de relatório fornecido pela instituição referentes ao período compreendido entre 2014 a 2019.

**Palavras-chave:** Transgressões. Processos. Disciplinar.

**Abstract:** This article reports the types of disciplinary offenses and the results of disciplinary administrative proceedings, presenting the number of police officers who are the target of administrative proceedings per year, as well as a brief analysis of the disciplinary investigation process and procedures adopted by the Military Police of the State for investigation and application of disciplinary punishment. As a reference for the analysis, the direct observation of the report provided by the institution for the period from 2014 to 2019.

**Keywords:** Transgressions. Processes. Disciplinary.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. O Processo Administrativo Disciplinar da PM-TO: 2.1 A Apuração de Transgressões Disciplinares na PMTO. 3. As Sanções Administrativas da PMTO em Números: 3.1 Apuração dos Processos de Sindicância. 4. Conclusões. 5. Referências.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Diariamente nos deparamos por meio de diferentes veículos de comunicação, com casos de policiais militares que extrapolam o exercício regular de suas funções e cometem abusos e muitas das vezes chegam a cometer danos irreversíveis. Com o cometimento dessas transgressões disciplinares surge para o ente estatal o dever de punir o transgressor dando uma resposta ao ato praticado para a própria polícia militar por conter preceitos militares oriundos da disciplina, e também para a

sociedade até mesmo por ser a atividade policial uma ferramenta de poder do Estado em decorrência da coercitividade.

A presente pesquisa reúne dados quantitativos no intuito de analisar a relação entre os abusos praticados e aplicação de sanções administrativas disciplinares no âmbito da Polícia Militar do Tocantins (PMTO) verificando-se as denúncias de transgressões disciplinares que pesam contra os policiais militares do Estado do Tocantins. Para tanto estuda-se a aplicabilidade da Lei N° 2.578/12\* e do regulamento disciplinar dos Militares Estaduais do Tocantins-RDMETO-Decreto N° 4.994\*\* de 14 de fevereiro de 2014 para efeito de sanções administrativo-disciplinares.

Como objetivo geral procura-se analisar os tipos de transgressões disciplinares e o resultado dos processos disciplinares que pesam contra policiais militares do Estado do Tocantins nos anos de 2014 a 2019. Os objetivos específicos visam demonstrar a quantidade de policiais que são alvos de processos administrativos por ano, e os resultados dos processos, uma comparação entre instauração e a punição para mostrar a efetividade ou a inefetividade das medidas, bem como processos de sindicâncias, conselhos(disciplina/justificação),apresentando a quantidade e os motivos das exclusões por ano e o quantitativo de militares punidos por decisão do Comando-Geral da Policia Militar.

Como hipótese inicial acredita-se que a Polícia Militar do Tocantins, ao revés do noticiado nacionalmente acerca dos constantes abusos policiais, não é uma polícia violenta. Entende-se que o baixo índice de abusos cometidos por militares do Tocantins provavelmente se dá pela boa atuação correcional da PMTO.

No tocante a metodologia será utilizado o método bibliográfico, análise de documentos primários e quantitativo na apuração e levantamento de dados, com o intuito de alcançar os objetivos do trabalho, será realizada uma pesquisa exploratória proporcionando maior familiaridade com o problema, com vistas a constituir, afirmar, a hipótese. A coleta de informações será realizada por meio de consultas aos dados fornecidos pelo Comando Geral da Policia Militar do Estado do Tocantins através da Corregedoria da PM-TO, que nos proporcionará identificar se há aplicações de sanções por parte do Estado aos policiais que praticaram algum tipo de transgressão disciplinar.

## 2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DA PM-TO

O Processo Administrativo disciplinar é o meio existente para que o Estado aplique sanções administrativas em decorrência das infrações praticadas por agentes na prestação do serviço público. O processo Administrativo Disciplinar segundo Meirelles (2016, página 830):

O meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. O processo baseia-se na superioridade ou supremacia que o Estado mantém sobre todos aqueles que estão sob sua Administração, mantendo a sua disciplina

Dispondo a Administração Pública de amplos poderes de investigação para apuração dos fatos, anterior a instauração do processo disciplinar se faz necessária a realização de procedimento de investigação denominado de sindicância onde busca-se a apuração dos fatos e verificar eventuais infrações, é o que se observa no artigo 15 do Regulamento Disciplinar dos Militares que diz que :

*Art. 15. A Sindicância é o instrumento pelo qual a Administração Militar apura as transgressões disciplinares cometidas por militar estadual, impondo-lhe penalidades, utilizada também para apuração de direitos de promoção na carreira, bem como averiguação de prática de danos a bens da Corporação ou colocados à sua disposição, assegurados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.*

Como se percebe, a sindicância é o instrumento, ou seja, a formalidade pela qual se deve essencialmente passar para que seja possível a imposição de penalidade no âmbito administrativo, sendo uma peça fundamental do processo administrativo, promovendo a apuração de irregularidades no serviço público.

No Estado do Tocantins a Lei 2.578/12, foi a responsável por instituir o estatuto dos militares do Estado, tendo também a Lei 4.994/14 (Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais do Tocantins-RDMETO), que regulamenta as sanções a que se sujeitam os militares estaduais. De acordo com a Lei Nº 2.578/12 em seu artigo 13 §6º, II nos esclarece que nenhuma punição disciplinar poderá ser aplicada sem o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Mesmo exercendo uma função essencial a sociedade deste Estado, não poderíamos esquecer que por traz da farda e de todos os preceitos disciplinares, são cidadãos, e possuem direitos e garantias fundamentais, devendo ser observadas até mesmo pelas autoridades militares. No entanto, não se quer dizer que em decorrência dessas garantias os processos disciplinares militares possam se afastar dos fundamentos da hierarquia e disciplina.

## 2.1. A APURAÇÃO DE TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES NA PMTO.

Em se tratando de meios de apuração de transgressões disciplinares está se referindo ao modo pelo qual a Administração vai apurar e instaurar o processo de forma que atinja sua finalidade, tendo como meios de apuração no âmbito da polícia Militar do Estado do Tocantins a sindicância já mencionada e os Conselhos de Justificação ou de Disciplina. A LEI 2.578/ 12 em seu artigo 42 define transgressão disciplinar como sendo a infração administrativa caracterizada pela violação aos preceitos ou deveres da ética inerente a atividade militar, incorrendo o autor nas sanções previstas no estatuto. (TOCANTINS,2012)

A prescrição desta infração se dá de acordo com o grau de lesividade, contados desde a data do conhecimento pela administração pública da ocorrência do ato ou do fato em um ano transgressão leve; dois anos média; cinco anos a transgressão grave, considerando que a instauração do processo disciplinar interrompe a prescrição da infração administrativa. As transgressões disciplinares serão apuradas pela própria administração Militar, sendo que a corporação deverá obedecer aos preceitos constitucionais, como os elencados no artigo 5º incisos LIV e LV:

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)*

De acordo com o a RDMETO a conclusão da sindicância dar-se-á em trinta dias podendo ser prorrogado por vinte dias, contados da publicação da portaria instauradora em boletim orgânico da Corporação até recebimento do processo pela autoridade competente, não sendo incluída nesse prazo a solução. Após apuradas a materialidade e autoria das transgressões disciplinares em sindicância, as punições disciplinares que estão sujeitos os militares em ordem de gravidade crescente são: advertência, repreensão, detenção e Prisão.

Pode-se considerar a advertência (RDMETO,2014,art 106) a forma mais branda de se punir o transgressor, é uma punição de natureza leve, onde consiste-se em admoestação feita verbalmente ao transgressor em caráter reservado, após o devido processo legal, não podendo constar nos assentamentos individuais do militar (histórico do militar) em que não se confunde com orientações ordinárias de serviço. (TOCANTINS,2014)

A advertência consiste em reprimenda (RDMETO,2014, art 107) feita por escrito ao transgressor publicada em boletim orgânico da corporação, reservado ou ostensivo, devendo constar nos assentamentos individuais do punido. (TOCANTINS,2014)

A Detenção disciplinar (RDMETO,2014) é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar. Segundo o art.108,incisos I e II do RDMETO, a detenção disciplinar obedece às seguintes normas: 1) pode locomover-se no interior da unidade na qual estiver cumprindo a punição, sendo liberado para fazer suas refeições, às suas expensas, em local externo e em horários previamente estipulados, conforme autorização da autoridade competente 2) o detido disciplinarmente comparece a todos os atos de instrução e serviço .(TOCANTINS,2014)

Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal dentro da organização militar devendo ser observadas algumas regras que estão dispostas no artigo 109 do RDMETO:

*§1o Os militares estaduais dos diferentes círculos de oficiais e praças não podem ficar presos no mesmo compartimento.*

*§2o Cabe ao Corregedor-Geral deferir ou não o pedido do comandante da unidade que motivadamente solicitar a indicação de outro local para cumprimento da punição.*

*§3o Os presos disciplinares ficam separados daqueles que estiverem à disposição da Justiça.*

*§4o O militar estadual punido com prisão pode comparecer a todos os atos de instrução caserna, bem assim àqueles relativos a Cursos de Formação que esteja cursando, atendido o disposto neste Regulamento, salvo disposição contrária da autoridade competente.*

*§5o As refeições do militar preso administrativamente são realizadas somente no interior da Unidade, sendo custeada pela Administração ou, optando o preso, às*

*suas próprias expensas, todavia sob a anuência e fiscalização da autoridade competente.*

A diferença entre prisão disciplinar e detenção disciplinar reside no grau de privação da liberdade porque enquanto a prisão significa a permanência em local apropriado, a detenção disciplinar é um pouco mais ampla, como o alojamento de uma Companhia, por exemplo. A prisão disciplinar é uma transgressão de natureza grave, já a detenção de natureza média.

Observa-se que os processos administrativos disciplinares em geral não ultrapassam a seara administrativa, os processos administrativos disciplinar militar tem uma ligação maior com os outros ramos do direito bem como o Direito Penal e o Direito Processual Penal, sendo a legislação militar a única a permitir a penalização com sanção restritiva de liberdade.

A demissão consiste (RDMETO,2014) na exclusão do militar não estável, a conseqüente perda do posto e patente, é uma forma de punição disciplinar. A demissão conforme artigo 170 RDMETO é aplicada quando o militar:

*I demonstrar incompatibilidade para o exercício da atividade militar;*

*II incorrer em conduta que não lhe recomende a permanência na atividade ou inatividade da Corporação.*

Assim como as demais transgressões disciplinares é avaliada pelo Conselho de Justificação e de Disciplina que se destina a averiguar do ponto de vista ético e da disciplina a capacidade do militar de permanecer na ativa. Para a sua eficácia conforme artigo 161 §2º RDMETO os autos terão que ser encaminhados ao Tribunal de Justiça para decidir sobre a perda do posto, de acordo com as disposições constantes no artigo 42 c/c artigo 142 § 3º inciso VI da Constituição Federal.

### 3. AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DA PMTO EM NÚMEROS

A sanção disciplinar é o resultado do processo disciplinar que se originou pelo cometimento de uma transgressão disciplinar, devendo ser aplicada de acordo com a sua gravidade, tendo uma natureza preventiva ou repressiva. O viável é que esta sanção seja aplicada como forma de prevenir alguma transgressão, mostrando mais eficiência para preservar a normalidade do serviço público, especialmente a atividade policial. Para tanto o superior hierárquico valendo-se da função que lhe é investida aplicará a sanção cabível preservando os princípios militares da hierarquia e disciplina.



Este capítulo trata do quantitativo de sindicâncias e inquéritos policiais militar (IPM) apurados pela Corregedoria-Geral da polícia militar referente ao ano de 2014 a 2019. Serão brevemente discutidos aqui os dados gerais da instituição, contidos no relatório fornecido pelo Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Não serão detalhadas a origem das denúncias uma vez que no relatório disponibilizado não consta essa informação. Outra questão é que os dados referentes a 2019 não estão fechados, isto é, há sindicâncias em andamento.

Muitas das vezes o cidadão não procura a polícia para registrar o crime por medo de ser desamparado por ela, ou talvez pela descrença da apuração da infração disciplinar ou crime militar, que são apuradas pela Corregedoria Militar. Partindo desse fato que nem todos os casos são registrados, os dados aqui apresentados, não correspondem aos dados reais, o que significa que o quantitativo de processos administrativos, bem como os inquéritos policial militar, podem ser bem maiores do que os apresentados pelo Comando Geral da PM-TO. Contudo eles fornecem indícios que ajudarão a compreender o problema apontado nesta pesquisa.

### **3.1. APURAÇÃO DOS PROCESSOS DE SINDICÂNCIA**

Em se tratando de sindicância, de acordo com o relatório de 2014 a 2019 foram abertos 2.505 processos de sindicância. Houve decréscimo do número de policiais investigados entre 2014 e 2019, o que não permite afirmar que tenha havido diminuição do número de casos de abuso de autoridade praticado pelos policiais militares. O período em que se teve um grande número de policiais investigados foi o ano de 2014, onde se constatou a existência 616 processos de sindicância abertos. Já no ano de 2015 houve uma redução para 516; 2016-412; 2017-392; 2018-336; ano de 2019 até o momento se teve 233 policiais investigados.

Percebe-se uma decrescente nos casos de sindicância abertos entre os anos de 2014 e 2018, em um total de 45,5% de redução no decurso dos 4 anos, em uma curva que demonstra uma tendência de continuidade no decréscimo.

A inovação legislativa ocorrida no ano de 2014, com a revogação do Decreto nº 1.642/1990 pelo Decreto 4.994/2014, pode explicar o crescimento vertiginoso dos casos no ano de 2014, e a adaptação ao novo regime pelos militares, regidos sempre por uma rígida disciplina, pode ser o fator preponderante para o decréscimo constante verificado durante os anos posteriores.

Com relação aos resultados da sindicância no ano de 2014 obteve-se 18 advertências aos policiais militares, seguidos de 36 repreensões; 95 detenções; 30 prisões. Em 2015 foram 22 advertências; 10 repreensões; 79 detenções; 30 prisões. No ano de 2016 ocorrerão 05 advertências; 08 repreensões; 70 detenções; 25

prisões. 2017 computaram-se 07 advertências; 16 repreensões; 73 detenções; 17 prisões. Já em 2018 tiveram 10 advertências; 12 repreensões; 78 detenções; 14 prisões. O ano de 2019 mesmo tendo processos de sindicância em andamento conta-se com 03 advertências; 1 repreensão; 11 detenções; e 06 prisões.

Em se tratando de Inquérito Policial Militar (IPM) que é instaurado quando for detectado indícios de cometimento de infração militar (Art 166-RDMETO), tendo caráter de instrução provisória, buscando-se fornecer elementos para a ação penal, entre 2014 e 2019 foram instaurados 864 IPM, onde em 2014 tiveram 68 policiais indiciados, o maior quantitativo por sinal. Nos anos de 2015 a 2019, 150 policiais militares foram indiciados. As informações apresentadas, relacionadas aos indiciamentos, por observação da própria corregedoria, referem-se aos registros existentes na Corregedoria-Geral. Ou seja, os inquéritos enviados a justiça militar podem ter desfecho diversos, não sendo possível precisar a eficácia ou o resultado final destes.

Por último o relatório também apresenta os motivos das exclusões por ano, não apresentando o quantitativo. Em 2014 policiais militares foram excluídos pelo crime de tráfico ilícito de drogas e posse irregular de arma; concussão e condescendência criminosa, atos que ofenderam a honra pessoal e abuso sexual. Entre 2015 e 2019, exceção do ano de 2018 em que não houve exclusões, tiveram exclusões apuradas após processos de sindicância por cometimento de falta disciplinar de natureza grave; tentativa de homicídio; estupro de vulnerável; tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil.

#### 4. CONCLUSÕES

Ainda que os meios de controle da atividade policial sejam diversos, ainda é possível se deparar com relatos de violação aos direitos do cidadão pelas forças policiais. Consoante ao Anuário de Segurança Pública publicado em 2019, as mortes em ações policiais aumentaram 19% no ano passado, por ser a atividade policial essencial a promoção da segurança pública, o cidadão tem o direito de questionar a legalidade da conduta policial, devendo o Estado por meio de processo administrativo disciplinar apurar os fatos e aplicar a sanção ao policial violador das normas que regem sua atuação.

Ao analisar os processos de sindicância da PMTO é possível observar que o número de policiais punidos é inferior ao quantitativo de policiais investigados, tem a Corregedoria Militar neste contexto fundamental importância, regulando a má qualidade do serviço prestado ao cidadão. É certo que o corporativismo das instituições policiais acaba corroborando no resultado e na apuração de denúncias, dificultando a responsabilização do policial transgressor.

A atuação institucional, portanto, vai além da fiscalização, refletindo a importância das punições e processos disciplinares eficazes para a manutenção de uma polícia cidadã, sem abusos contra a população, que possa prestar auxílio no combate à criminalidade, e não abusando de seus poderes contra a população de bem.

O processo administrativo disciplinar da PMTO segue um rito mais célere, com a finalidade de se obter a punição disciplinar de acordo com o ilícito praticado, o trabalho da Corregedoria tem contribuído para a dissolução dos ilícitos, atuando de maneira proativa e preventiva, com o intuito de assegurar aos cidadãos uma atividade policial eficiente e que respeita os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal. O novo RDMETO trouxe uma ampliação das sindicâncias, criando-se uma norma disciplinar compatível com a função da polícia militar, em que resultou em uma diminuição posterior das transgressões, o que pode indicar uma eficiência do sistema correcional em coibir novas práticas abusivas.

#### REFERÊNCIAS

- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro/Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42 ed.- São Paulo: Malheiros, 2016.
- TOCANTINS. Lei N° 2.578, de 20 de abril de 2012. Estatuto dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado do Tocantins, Palmas, TO, out 2019. Disponível em: <https://www.pm.to.gov.br/institucional/a-corporacao/legislacao/>. Acesso em: 10 out. 2019.
- TOCANTINS. Decreto n° 4.994, de 14 de Fevereiro de 2014. RDMETO-Regulamento Disciplinar do Militares, Palmas, TO, Out 2019. Disponível em: <https://www.pm.to.gov.br/institucional/a-corporacao/legislacao/>. Acesso em: 10 Out. 2019.
- ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado/Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo.-23.ed.rev.atual. e ampl. -Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. Direito Administrativo Militar/Jorge Luiz Nogueira de Abreu. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- PRESTES, Fabiano Caetano. Coleção Resumos para Concursos. Direito Processual Penal Militar/Fabiano Caetano Prestes, Mariana Lucena Nascimento. - 4.ed.rev.atual.- Salvador: JusPODIVM, 2017.
- CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo/ Matheus Carvalho- 4. Ed. Ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

-ALVES, Marreiros Adriano. Direito Penal Militar/Adriano Alves Marreiros, Guilherme Rocha, Ricardo Freitas.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método,2015.

NOTAS:

---

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Bacharel em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela UFT. Delegado de Polícia Civil no Tocantins, professor titular de Direito Processual Penal na FASEC. Autor de obras jurídicas e de artigos e parecerista na revista ESMAT, VERTENTES do Direito na UFT e Revista da Defensoria do Tocantins.

\* Lei N° 2.578/12-Dispõe sobre o Estatuto dos policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado do Tocantins, e adota outras providências.

\*\* Decreto N° 4.994/14- Aprova o Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais do Tocantins.

## A EXTENSÃO DO IMÓVEL RURAL COMO CRITÉRIO PARA O ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL

**VINÍCIOS EUFRASIO:** Curso de Direito, Universidade do Contestado, campus Mafra.

LÉCIA MARIA LABAS<sup>11</sup>

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho, utilizando o método de raciocínio dedutivo, aborda de forma sucinta a seguridade social, descrevendo o instituto da saúde e o instituto da assistência social, com maior ênfase sobre o instituto da previdência social, adentrando na esfera dos segurados facultativos e obrigatórios, com foco no trabalhador rural enquadrado como segurado especial. Discorre-se, brevemente, sobre a evolução da proteção previdenciária em relação a esta classe de segurado. Identifica-se quem é o segurado especial e as peculiaridades que o distinguem dos demais trabalhadores, como é feita sua contribuição e o cumprimento da carência perante a Previdência para fazer jus à proteção previdenciária. Por fim, como tema e problema do trabalho, discorre-se sobre a extensão do imóvel rural segundo critério para caracterizar/descaracterizar o trabalhador rural na condição de segurado especial. Como resultado, após análise de toda fundamentação trazida, conclui-se que o tamanho da área explorada, por si só, não tem o condão de descaracterizar a qualidade de segurado especial do trabalhador rural.

**Palavras-Chave:** Previdência social. Trabalhador rural. Segurado especial. Extensão do imóvel rural.

**ABSTRACT:** The present work, using the deductive reasoning method, briefly addresses social security, describing the health institute and the social assistance institute, with greater emphasis on the social security institute, falling into the scope of optional and compulsory insured persons, focusing on rural worker framed as special insured. We briefly discuss the evolution of social security protection in relation to this insured class. It identifies who is the special insured and the peculiarities that distinguish him from the other workers, how his contribution is made and the fulfillment of the lack before the Social Security to be entitled to social security protection. Finally, as a theme and problem of work, it is discussed about the extension of rural property according to criteria to characterize/decharacterize the rural worker in the condition of special insured. As a result, after an analysis of all the reasons presented, it can be concluded that the size of the exploited area, by

itself, does not have the ability to characterize the special insured quality of the rural worker.

**Keywords:** Social security. Rural worker. Special insured. Rural property extension.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a extensão do imóvel rural como critério para o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial, discorrendo sobre os requisitos para sua caracterização, com especial foco sobre o limite de extensão dos imóveis rurais.

A relevância deste tema advém das inúmeras decisões jurisprudenciais que permitem a flexibilização quanto à extensão do imóvel rural para a caracterização do trabalhador rural como segurado especial e, que, por inúmeras vezes, reformam as decisões administrativas, tendo em vista o caráter estritamente legal das análises em âmbito administrativo.

Tem como objetivo geral verificar se a extensão do imóvel rural superior a 4 módulos fiscais, por si só, importa na descaracterização da qualidade de segurado especial.

Assim, a problemática se refere ao tamanho da propriedade rural como critério exclusivo para o enquadramento do trabalhador campestre a essa categoria de segurado obrigatório da Previdência Social.

O método utilizado no presente estudo é o do raciocínio dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, por meio da interpretação da lei, dos entendimentos doutrinários e da jurisprudência.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social foi instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através do seu art. 194, como o pilar da proteção social concernentes aos indivíduos.

Marisa Ferreira dos Santos (2000, p.163) descreve a seguridade social como “um instrumento de bem-estar porque garante os mínimos necessários à subsistência do indivíduo, e, com isso, reduz as desigualdades resultantes da falta de ingressos financeiros, o que conduz à justiça social”.

A Constituição Federal, no art. 194, delimita a área de atuação e divide em 3 (três) institutos protetivos, criando o sistema da seguridade social, para então alcançar o bem-estar de toda a população.

Nas palavras de Kerlly Huback Bragança (2012, p. 04) a Constituição Federal:

Disciplinou as suas três áreas de atuação nas Seções II (saúde), III (pre-vidência social) e IV (assistência social); balizou seus princípios norteadores e sua fonte de financiamento (Seção I); previu um orçamento apartado dos de investimento e fiscal da União (art. 165, § 5o, III); atribuiu à União competência privativa para legislar sobre a matéria (art. 22, XXIII), entre outras disposições. Ao que se evidencia, nossa atual Carta Política vai ao encontro do anseio de afastar a pessoa das privações econômicas e sociais. De certo, estamos (ainda) distantes de um efetivo sistema de seguridade social, mas o arcabouço jurídico está traçado sistematicamente em nossa Constituição.

O instituto da saúde é direito de todos, independe de qualquer contribuição, tem como base o acesso universal e igualitários ao Sistema Único de Saúde. A Lei n. 8.080/1990 foi criada para dispor sobre a promoção, organização, funcionamento dos serviços e a recuperação da saúde.

Já a Assistência Social é destinada a aqueles que dela precisem. Também independe de contribuição, tem por finalidade a proteção aos mais desamparados, visa a reabilitação das pessoas e a integração a vida comunitária, garantindo um salário mínimo de benefício mensal ao portador de deficiência e aos idosos que não puderam promover a própria subsistência. A assistência social é regulada e organizada pela Lei n. 8.742/1993.

Por fim, a Previdência Social, instituto objeto deste estudo, é destinada aqueles que contribuem ou, ao menos, laboram em situações peculiares, como no caso dos segurados especiais. A Lei n. 8.213/1991 regulamenta as prestações da previdência social.

## 2.2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social está prevista no art. 201 da Constituição Federal, pelo qual também foi delimitado o seu regime, caráter e filiação, bem como foram elencados os eventos que serão cobertos e os benefícios que serão dispostos aos segurados.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Segundo Carlos Alberto Pereira Castro e João Batista Lazzari (2014, p. 55) a previdência social pode ser definida como o:

[...] sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.

Para melhor compreender o conceito de previdência social, Celso Barroso Leite (1986, p. 22) explana da seguinte forma: “a previdência social consiste basicamente num sistema de seguro social complementado por programas assistenciais. De maneira mais objetiva, ela pode ser definida como conjunto de medidas destinadas a amparar as classes assalariadas e outros grupos em emergências decorrentes da cessação do salário ou de necessidades especiais”.

Já Wladimir Novaes Martinez (2001, p. 99) diz que sua finalidade:

[...] pode ser resenhada como a técnica de proteção social estatal ou particular, especialmente se conjugadas,



ensejadora de pecúlios ou rendas mensais, com vistas à manutenção da pessoa humana – quando esta não pode obtê-la ou não é socialmente desejável auferi-la pessoalmente através do trabalho ou de outra fonte, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte, mediante cotização mínima compulsória pretérita distinta, sob regime financeiro de repartição ou capitalização, plano de contribuição ou benefício definido, excepcionalmente facultativa, proveniente da sociedade e dos segurados, gerida por estes e pelo governo.

A previdência social prevê a cobertura de riscos sociais que afetam os trabalhadores, tendo como necessidade amparar o homem em diversas situações, trazendo para eles o bem-estar social.

O art. 201 da Constituição dita que a previdência social atenderá a: cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Verificado o preenchimento dos requisitos como carência, qualidade de segurado ou de dependente, terá o requerente direito ao benefício que faz jus.

### 2.3 SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

São segurados as pessoas físicas que contribuem para a previdência social e fazem jus ao recebimento das prestações previdenciárias, quando preenchido os requisitos exigidos.

A Lei n. 8.213/91, através de seu art. 11 e parágrafos seguinte e a Lei n. 8.212 pelo seu art. 12 e parágrafos, definem como segurado obrigatório, pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo empregatício, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas as exceções.

E como segurado facultativo, aquele que, mesmo sem exercer atividade remunerada, filia-se facultativamente à Previdência Social, conforme art. 14 da Lei n. 8.213/91.

Também se enquadram como segurados os dependentes, estes, ao contrário dos segurados facultativos e obrigatórios que se enquadram ao regime geral por direito próprio, se vinculam ao sistema em virtude de existência da relação de terceiro com a previdência (ROCHA e Baltazar, 2017).

### 2.3.1 Do Segurado Facultativo

O segurado facultativo filia-se ao regime da Previdência Social voluntariamente, ao contrário dos segurados obrigatórios, que tem sua filiação decorrente da previsão em lei.

Para Martinez (2017, p. 238), segurado facultativo é: “Pessoa autorizada, em determinadas circunstâncias, a ingressar e situar-se no regime previdenciário por vontade própria. A referida facultatividade é de admissão e de permanência”.

A lei considera como segurado facultativo a pessoa que não exerça nenhuma atividade considerada como segurado obrigatório, deseja contribuir para a Previdência Social, seja maior de 14 anos e não esteja vinculo a outro regime previdenciário, nos termos do art. 13, da Lei n. 8.213/91.

No entanto, conforme Santos (2011, p. 141) o enquadramento como segurado facultativo:

Só é possível a partir dos 16 anos, e desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadra como segurado obrigatório do RGPS ou de Regime Próprio de Previdência Social. Não prevalece mais a idade de 14 anos prevista no art. 13 em razão do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, introduzido pela EC 20/98.

Da mesma forma explana Martinez (2017, p. 238), referindo que qualquer pessoa: “homem ou mulher, com mais de 16 anos pode filiar-se, bastando para isso promover a inscrição e recolher contribuições com base num valor declarado”.

Para o segurado obrigatório, que estiver temporariamente afastado/suspenso do seu trabalho, sem auferir remuneração, é resguardado o direito de filiar-se como segurado facultativo, nos termos do art. 11, 2º do Decreto 3.048/1999.

Por fim, sucintamente, considera-se a filiação, na qualidade de segurado facultativo, um ato voluntario, que gera efeito somente, após inscrição, do primeiro recolhimento de contribuição (CASTRO; LAZZARI, 2018).

### 2.3.2 Segurados Obrigatórios

Os segurados obrigatórios são aqueles que, em decorrência do trabalho exercido e mediante previsão em lei, devem contribuir compulsoriamente para a Seguridade Social, as vezes conceituados e até definidos na legislação, têm seu desenho complementado pela doutrina (MARTINEZ, 2017).

Para ser enquadrado como segurado obrigatório, é necessário o preenchimento de dois requisitos, quais sejam: a) ser pessoa física e b) exercer atividade laborativa, remunerada e lícita, conforme prevê a Lei n. 8.212, pelo seu artigo 12 e a Lei n. 8.213 em seu artigo 11.

Segundo Castro e Lazzari (2018) o segurado obrigatório:

[...] sempre exerce ao menos uma atividade remunerada, seja com vínculo empregatício, urbano, rural ou doméstico, seja sob regime jurídico público estatutário (desde que não possua regime próprio de previdência social), seja como trabalhador autônomo ou trabalho a este equiparado, trabalhador avulso, empresário ou segurado especial. A atividade exercida pode ser de natureza urbana ou rural. Ainda que exerça, nessas condições, suas atividades no exterior, a pessoa será amparada pela Previdência Social, nas hipóteses previstas em lei. Impõe-se lembrar, outrossim, que não importa a nacionalidade da pessoa para a filiação ao RGPS e seu consequente enquadramento como segurado obrigatório, sendo permitido aos estrangeiros com domicílio fixo no Brasil o ingresso, desde que o trabalho tenha sido desenvolvido no território nacional ou nas repartições diplomáticas brasileiras no exterior.

Castro e Lazzari (2018) discorrem sobre mudança quanto a classificação do empresário, do trabalhador autônomo e do equiparado a autônomo:

De acordo com o art. 12 da Lei n. 8.212/1991 e art. 11 da Lei n. 8.213/1991, são segurados obrigatórios da Previdência Social as pessoas físicas classificadas como: *empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial*. A partir de 29.11.1999, data da publicação da Lei n. 9.876, de 26.11.1999, o empresário, o trabalhador autônomo e o equiparado a autônomo passaram a ser classificados numa única espécie de segurados

obrigatórios, com a nomenclatura de *contribuintes individuais*.

Suscintamente, a lei previdenciária dividiu os segurados obrigatórios em cinco classes, são elas: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e o segurado especial (DIAS, 2012).

### 2.3.2.1 Segurado especial

O segurado especial é, nos termos do artigo 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/91, pessoa física residente em imóvel rural ou aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, a título de mútua colaboração, labore na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

Silvio Marques Garcia (2016, p 156) cita que: "*o segurado especial é a única categoria que possui definição no próprio texto constitucional*".

A Constituição Federal, através de seu artigo 195, § 8º, prevê que a base de cálculo das contribuições à Seguridade Social desta classe de segurado seja o produto da comercialização de sua produção, devido à instabilidade de sua renda, que depende de safras e temporadas de pesca (CASTRO; LAZZARI, 2018):

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que

exercem suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Os segurados especiais não contribuem necessariamente todos os meses para a previdência social, uma vez que o fato gerador da contribuição previdenciária ocorre se e quando é feita comercialização do produto do seu labor. Existe, também, a hipótese do trabalho rural desenvolvido apenas com intuito de subsistência, sem que haja o fato gerador da contribuição (DIAS, 2012).

Devido a esta peculiaridade das contribuições do segurado especial, Eduardo Rocha Dias (2012, p. 144) diz que não seria razoável:

exigir-se desses trabalhadores, para a concessão da aposentadoria por idade, por exemplo, a comprovação do recolhimento de cento e oitenta contribuições mensais, como se exige para os demais segurados da previdência social, sob pena de inviabilizar a concessão desse benefício para a grande maioria dos produtores rurais e pescadores artesanais.

O valor do benefício deferido ao segurado especial é de um salário mínimo, conforme art. 39, inciso I, da Lei n. 8.213/91, respeitando o princípio da garantia de benefício mínimo.

Devido à dificuldade de o segurado especial comprovar sua condição perante à Previdência Social, o legislativo edita a Lei n. 11.718, em 20.06.2008, que teve como foco, segundo Dias (2012, p. 145):

a) detalhar várias hipóteses de caracterização e descaracterização do segurado especial; b) permitir a contratação de empregados e trabalhadores eventuais de forma temporária; e c) estabelecer a inscrição prévia do segurado especial, vinculando-o à propriedade em que trabalha e ao grupo familiar respectivo, com atualização obrigatória dos dados anualmente.

Por meio da mencionada Lei fica instituído o critério de exercício de trabalho rural em área de até 4 módulos fiscais, conforme art. 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/91, alínea "a", item 1, que será melhor abordado no capítulo específico.

## **2.4 PROTEÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA DO TRABALHADOR RURAL BRASILEIRO**

Apesar do trabalhador rural desenvolver importante papel no desenvolvimento econômico e social do Brasil, as leis previdenciárias não os protegeram de modo satisfatório. Durante a evolução legislativa, é evidente a diferença de tratamento entre os trabalhadores urbanos e rurais. (GARCIA, 2016)

O marco inicial da previdência social rural brasileira foi a Lei. 2.613, de 23 de setembro de 1955, que criou o Serviço Social Rural – SSR, entidade autárquica dependente do Ministério da Agricultura.

Referida entidade, buscando a permanência do trabalhador rural no campo, oferecia serviços sociais que visavam a melhoria de vida, bem como proporcionava educação técnica rural, fomentando a criação de cooperativas e associações rurais, além de ser a principal base de fornecimento de dados estatísticos ao Ministério do Trabalho no tocante à remuneração efetivamente paga no campo (KOVALCZUK, 2015).

O crescimento da organização dos trabalhadores rurais, através das unidades associativas, aliado as pressões sociais da década de 60, levaram o governo a editar o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214, de 2 de março de 1963) que criou o Fundo de Assistência do Trabalhador Rural – FUNRURAL e o Estatuto da Terra, Lei n. 4.504, de 31 de novembro de 1964 (KOVALCZUK, 2015).

Segundo Cássio Mesquita Barros Júnior, o principal objetivo do Estatuto do Trabalhador Rural de 1963: “Era assemelhar a previdência social rural à urbana, com proteção social sobre velhice, invalidez, doença, maternidade, assistência médica, morte e auxílio funeral” (p. 115, apud KOVALCZUK, 2015, p. 57).

No entanto, mesmo com a criação do Estatuto do Trabalho Rural, a proteção previdenciária era deficiente, como relata José Enéas Kovalczuk Filho (2015, p. 57):

[...] uma proteção social eficiente ainda era inexistente no setor rural, pela omissão na forma de implementação dos objetivos e fins a alcançar da lei, a legislação era vaga, dúbia e inaplicável à prática, e o trabalhador rural era deixado para trás em comparação com urbano.

É somente em 1971, com a edição da Lei complementar n. 11 que o trabalhador rural passa a ter um amparo previdenciário significativo, quando é criado o PRORURAL – Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, dispondo que

a arrecadação, fiscalização e administração das contribuições previdenciárias ficariam a cargo do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – FUNRURAL (KOVALCZUK, 2015).

Já o decreto n. 69.919, de 11 de janeiro de 1972 regulamentou a LC n. 11/1971, prevendo a aplicação subsidiária do Regulamento Geral da Previdência Social Urbana aos trabalhadores rurais, no que for compatível com o sistema do PRORURAL (KOVALCZUK, 2015).

José Enéas Kovalczuk Filho (2015, p. 58) discorre que as legislações citadas: “Trouxeram ao chefe ou arrimo de família, e somente a este, as prestações pecuniárias de aposentadoria por velhice, invalidez, pensões, auxílio-funeral e auxílio inatividade, e as prestações por serviço como serviço de saúde e o social”.

A Lei Complementar n. 16, de 30 de outubro de 1974, estabelece a necessidade de comprovar 3 (três) anos de atividade rural em data anterior ao requerimento do benefício de aposentadoria por velhice, como requisito ao deferimento do benefício (KOVALCZUK, 2015).

Posteriormente, em 19 de dezembro de 1974, a Lei n. 6.195 regulariza o seguro de acidente ao trabalhador rural e, logo em seguida, em 1º de setembro de 1977, através da Lei n. 6.439, é instituído o Sistema Nacional de Previdência e Assistência – SINPAS, o que acarreta a extinção do FUNRURAL, agrupando os trabalhadores rurais ao Instituto Nacional de Previdência Social (KOVALCZUK, 2015).

Pelo Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979, tanto o sistema previdenciário urbano, dos funcionários federais e rurícolas foram unificados em regime administrado pelo Instituto Nacional de Seguro Social, trazendo aos segurados rurais a manutenção da qualidade de segurado e seus efeitos até o rurícola alcançar a carência do regime urbano (KOVALCZUK, 2015).

No entanto, é somente a partir da Constituição Federal de 1988 que o trabalhador rural é reconhecido como membro efetivo e permanente da Seguridade Social.

Kovalczuk (2015, p. 60) destaca que as mudanças legislativas de 1988:

[...] buscaram a equiparação da proteção social entre homens e mulheres, pois antes somente os homens recebiam benefícios, e também a redução de idade para aposentadorias rurais em cinco anos antes dos urbanos, e o estabelecimento

de um valor mínimo nos pagamentos dos benefícios, no caso, o salário mínimo nacional integral.

Com a breve explanação sobre a evolução legislativa acerca da proteção previdenciária dos trabalhadores rurais, percebe-se que, mesmo se tratando de profissão tão presente em nosso país, a inclusão desta classe ocorreu tardiamente.

Ainda nos dias atuais, a dificuldade em obter benefício pelos segurados especiais é notória, diante da legislação e dos diversos atos normativos editados pelo Ministério da Previdência Social e pelo INSS, em razão da necessidade de fixar normas gerais e a vinculação dos servidores da autarquia a essas normas, o que, de um lado, diminui a existência de fraude, mas, pelo outro, impossibilita uma análise mais subjetiva e justo de cada caso concreto na esfera administrativa (GARCIA, 2016).

## **2.5 DIREITO DOS TRABALHADORES RURAIS NA LEI 8.213/19914**

A Constituição Federal de 1988, pelo art. 195, § 8º e 201, § 7º, inciso II, prevê o benefício previdenciário ao trabalhador rural. Já pela legislação infraconstitucional, com a edição das Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991 é que essa previsão se concretiza em nosso ordenamento.

A Lei 8.213/91, através do seu art. 18, inciso I, dita as prestações que serão devidas aos segurados, são eles: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade; e auxílio-acidente.

Garcia (2016, p. 175) ressalta que:

Os benefícios dos trabalhadores rurais, além de manterem a renda desses segurados nas situações de não trabalho, garantem a elevação da renda no campo e a sobrevivência do aposentado e de sua família, servindo de estímulo para atividade produtiva e evidenciando o papel da previdência social na erradicação da pobreza.

Aos segurados especiais, a Lei n. 8.213/91, pelo art. 39, inciso I e parágrafo único, dita que é devido o benefício de aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, salário-maternidade e, aos dependentes, auxílio-reclusão e pensão por morte.

Também, embora não previsto no referido artigo, é devido o benefício de auxílio-acidente aos segurados especiais, em decorrência do art. 18, § 1º, da Lei n. 8.213/91.



Kovalczuk (2015, p. 90) destaca que: “a análise detalhada comprova que o segurado especial não possui direito aos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial e salário-família”.

Para fazer jus aos benefícios, o segurado especial deve demonstrar o preenchimento da carência necessária ao respectivo benefício, conforme será tratado a seguir.

## **2.6 DAS CONTRIBUIÇÕES E DO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA PELOS SEGURADOS ESPECIAIS**

A contribuição do empregado e do trabalhador rural avulso são realizadas de acordo com o art. 20 da Lei n. 8.212/1991, sobre o seu salário de contribuição. O trabalhador rural contribuinte individual realiza suas contribuições mês a mês, nos termos do art. 21 da Lei n. 8.212/1991. Já o segurado especial realiza as contribuições sobre, quando existe, a produção rural comercializada, conforme art. 25 da Lei n. 8.212/1991.

Somente o segurado especial possui contribuição previdenciária diferenciada. Os demais, contribuem de igual forma aos segurados urbanos, o que não descaracteriza o enquadramento rural e os seus respectivos benefícios, muito menos os transforma em contribuintes urbanos (KOVALCZUK, 2015).

Até a entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991, não eram exigidas contribuições diretamente dos segurados vinculados ao trabalho rural, pois a Lei Complementar n. 11/1971 então vigente, pelo seu artigo 15, exigia contribuição somente do produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais e sobre a folha dos salários das empresas (KOVALCZUK, 2015).

Com a entrada da Lei n. 8.213/1991, foi mantida a contribuição diferenciada somente em relação ao segurado especial.

A contribuição do segurado especial é incidente sobre a produção rural vendida ou por presunção de produção alimentar familiar no caso de inexistência de venda formal, situação última que dispensa o recolhimento de contribuições sociais (KOVALCZUK, 2015).

Segundo Kovalczuk (2015, p. 84), é inegável que:

[...] além da questão social, o modelo adotado pela redação do art. 195, § 8, da CRFB/1988, a exemplo da LC n. 11/1971, levou em conta a inviabilidade de equiparação contributiva entre urbanos e rurais, primeiro porque os segurados

especiais apresentam em regra baixo poder aquisitivo, segundo, a fiscalização do recolhimento no sistema convencional urbano é muito difícil pela precariedade na organização da atividade rural.

O cumprimento da carência do segurado especial se dá com a comprovação do efetivo exercício de atividade rural no período anterior à implementação dos requisitos necessários, correspondentes a tempo igual ou superior à carência, ainda que de forma descontínua, nos termos do art. 39, inciso I, da Lei n. 8.213/91.

Cabe esclarecer que, a necessidade de prova do exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo do benefício, como dita o art. 39, inciso I, Lei 8.213/91, fere o direito adquirido, caso o segurado já tenha atingido a carência exigida e, por qualquer, razão não tenha requerido o benefício (GARCIA, 2016).

Uma vez cumprido os requisitos, a Autarquia Previdenciária não tem discricionariedade em relação a concessão do benefício. O fato de o segurado não ter efetuado o requerimento no período imediatamente anterior ao implemento dos requisitos não pode ser utilizado em seu desfavor. Por tal fato, a jurisprudência esclareceu que não cabe exigir do segurado especial que já completou os requisitos idade e carência a continuidade do trabalho rural até a data do requerimento administrativo (GARCIA, 2016).

Neste sentido, O STJ, no julgamento proferido no Resp 1.354.908/SP, já decidiu ser necessário que o segurado esteja trabalhando no campo quando completar idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer o seu benefício, ressalvando a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.

A comprovação do efetivo exercício da atividade do segurado especial pode ser feita com um início de prova material complementado por idônea prova testemunhal, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91

Em razão da informalidade que labora o segurado especial, o que causa obstáculo para obtenção do início da prova material mínimo, permite-se maior abrangência na admissão do requisito legal de início de prova material, valendo como documentos não contemporâneos ou mesmo em nome de terceiros, como dono de terras arrendadas e em nome dos integrantes do grupo familiar.

A Súmula 73 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região esclarece que: "Admite-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural,

em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

As provas do trabalho rural devem ser mitigadas, deve-se levar em conta a dificuldade do interessado, que em muito dos casos são pessoas humildes e com pouca instrução, em obter documentos para o reconhecimento da carência, bem como a informalidade que impera no meio rural, quando os atos só são formalizados em documentos mediante estrita necessidade (CASTRO; LAZZARI, 2019).

A prova documental pode ainda ser corroborada por prova testemunhal, no entanto, a utilização exclusiva de prova testemunhal não é suficiente para demonstrar o exercício da atividade (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Contudo, a Súmula n. 149 do STJ permite, em casos peculiares, a sua relativização:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário. Entretanto, tal exigência deve ser relativizada, tendo-se em vista as peculiaridades que envolvem a categoria dos ‘boias-frias’ ou ‘safristás’ (STJ, REsp 1.321.493/PR, 1ª Seção, Rel. Herman Benjamin, *DJe* de 19.12.2012; TNU, PEDILEF 2008.70.95.000032-3/PR).

A apresentação de documento deve servir como um início de prova material relativo ao período de atividade como segurado especial, não sendo necessária a apresentação de documentos que abranjam todo o período pretendido, pois a prova testemunhal permite a extensão no tempo da eficácia probatório da prova documental, podendo ter, inclusive, eficácia retrospectiva e prospectiva ao período comprovado documentalmente (CASTRO; LAZZARI, 2019).

A Súmula n. 577 do STJ, do mesmo modo, dita que: “É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório”.

Não há um rol taxativo dos documentos que devem ser apresentados pelo segurado especial, a comprovação de seu efetivo exercício deve ser analisado no caso concreto, levando em considerações as características do caso, os princípios que fundamentam a previdência e a função social da previdência social.

## **2.7 DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR E DA CARACTERIZAÇÃO/DESCARACTERIZAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL**

O pequeno produtor trabalha de maneira precária, sem utilização de maquinários e empregados, valendo, muitas das vezes, somente da mão de obra familiar, tratando-se do labor rural em regime de economia familiar.

A Lei n. 8.213/1991, pelo art. 11, inciso VII, § 1º, conceitua o regime de economia familiar como:

[...] a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Por auxílio eventual, considera-se aquele exercício ocasional, em condições de mútua colaboração, sem subordinação e nem remuneração.

Nesta condição, muito comum a utilização do sistema de troca de dias de trabalho entre agricultores da mesma região, o que, para a jurisprudência, enquadra-se na condição de auxílio eventual:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. NÃO CONHECIDA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. CÔNJUGE. MEIO URBANO. MAQUINÁRIO. [...] 4. A existência do sistema de "troca de dias de trabalho" entre vizinhos, muito comum em épocas de colheita justamente para evitar a contratação de empregados, não descaracteriza a condição de segurada especial. [...] (TRF4, APELREEX 5051708-06.2015.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 21/03/2016)

Garcia (2016, p. 161) destaca que: "certamente, se os membros da família exercitam seu trabalho no campo é porque esse trabalho irá concorrer para a subsistência do grupo, sendo, nesse sentido, indispensável".

Pelo sistema do ETR, trazido pela LC n. 11/1971, somente o chefe ou arrimo da família era protegido pela previdência social. Após a edição da Lei. 8.213/91, os seguintes membros da família, que laboram em regime de economia familiar, possuem acesso aos direitos previdenciários na condição de segurados especiais,

em nome próprio: o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 anos de idade ou a estes equiparados (GARCIA, 2016).

A definição legal de segurado especial feito pela Lei n. 8.213/91, sem maiores detalhes, deixou margens para várias dúvidas, como as elencadas por Dias (2012, p. 145):

É possível o exercício de outra atividade no período de entressafra e de defeso? O tamanho da propriedade explorada é relevante para a qualificação do segurado especial? A percepção de outra fonte de rendimentos descaracteriza a condição de segurado especial? O exercício de atividades artesanal e artística desqualifica o segurado especial? É possível explorar, paralelamente ao labor rural, atividade turística na propriedade?

Caso este ente familiar venha a obter outra fonte de rendimento, desde que descrita no § 9º, do art. 11, da Lei 8.213/1991, não ficará excluído do regime de economia familiar.

O exercício das referidas atividades remuneradas não retira a condição de segurado especial do trabalhador, contudo, logicamente, durante o exercício destas deverá contribuir de acordo com o novo enquadramento (DIAS, 2012).

Segundo Garcia (2016, p. 159):

O que é relevante para o enquadramento como segurado especial é o trabalho não subordinado a nenhum empregador. É necessária a posse da terra qualificada pelo trabalho, seja a título de proprietário, parceiro, meeiro, arrendatário, comodatário, condômino, assentado ou qualquer outro. Destaca-se, nesse sentido, a função social da propriedade para a caracterização do segurado especial.

O art. 11, § 9º, inciso III, da Lei 8.213/91 também dita que se o exercício de atividade remunerada fora do campo se der pelo prazo de até 120 dias por ano civil, não ocorre a descaracterização da qualidade de segurado especial do trabalhador rural. O afastamento superior a 120 dias não implica, automaticamente, na descaracterização da qualidade de segurado especial, há de se analisar se o afastamento representou ruptura definitiva do trabalhador em relação ao campo (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Da mesma forma, a TNU fixou orientação no sentido de que, desde que o período de labor urbano seja ínfimo e que o segurado retorne ao labor rural, não descaracteriza, por si só, a condição de segurado especial:

Deve-se compreender a descontinuidade admitida em lei como a intercalação do labor rural ainda que com atividades de natureza diversa da rural, desde que com duração curta, ou seja, por período não relevante, que não infirme o princípio da presunção de continuidade do trabalho rural, pelo qual é possível inferir toda uma vida dedicada ao trabalho no campo. Insere-se nesse contexto o trabalhador rural que nos curtos períodos de entressafra deixa o campo em busca de trabalho urbano para sobreviver, retornando, logo após, às lides campesinas

Por outro lado, restará descaracterizado da condição de segurado especial o membro familiar que incidir nas situações elencadas pelo inciso I do § 10º, art. 11 da Lei n. 8.213/1991.

Em relação ao caso mencionado no inciso II do § 10, do art. 11 da Lei n. 8.213/1991, além do próprio, restarão desqualificados como segurados especiais todos os membros do regime de economia familiar (GARCIA, 2016).

Com isso, tem-se que a participação familiar na pequena produção rural garante a todos os membros a caracterização como segurado especial e, conseqüentemente, o direito à proteção previdenciária.

## **2.8 A EXTENSÃO DO IMÓVEL RURAL COMO CRITÉRIO PARA ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL**

Inicialmente, pelo Estatuto do Trabalhador Rural, não restaram fixados limites para a área explorada, para fins de caracterização do segurado como pequeno produtor individual ou em regime de economia familiar. De tal modo, ao implementar a previdência ao agricultor, definiu-se como segurados rurais, ao lado dos trabalhadores rurais, os colonos, parceiros e os pequenos proprietários (GARCIA, 2016).

Da mesma forma, a Lei Complementar n. 11/1971 não fixou qualquer limite para a área explorada, o que causou grande controvérsia na interpretação de quem vem a ser enquadrado como pequeno produtor rural (GARCIA, 2016).

Preliminarmente, o módulo fiscal foi utilizado para concessão da Carteira Profissional de Trabalhador Rural aos pequenos produtores rurais, conforme

redação dada pelo Decreto-lei n. 926/1969, fixando, para tanto, o limite de exploração correspondente ao módulo rural ou outro que viesse a ser fixado, para cada região, pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (GARCIA, 2016).

O Decreto-lei n. 1.166/1971, dispondo acerca do enquadramento e a contribuição sindical rural, manteve idêntico limite, de um módulo fiscal, sendo, este limite, alterado para dois módulos fiscais, a partir da redação dada pela Lei n. 9.701/1998 (GARCIA, 2016).

Diante da ausência de qualquer mensuração quanto ao tamanho da área explorada, criou-se grande subjetividade quanto a caracterização ou não como segurado especial.

Com o mesmo entendimento, Garcia (2016, p. 166) relata que:

À mingua de limitação específica na legislação previdenciária, a jurisprudência oscilava em relação ao tema, ora vedando a caracterização do produtor como segurado especial em razão da área explorada, ora permitindo que o conceito de pequeno produtor em regime de economia familiar fosse fixado como base nessa medida.

Frente aos julgados conflitantes, a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudências dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula n. 30, esclarecendo “que o fato de o imóvel explorado ser superior ao módulo rural, não afasta, por si só, a qualificação de seu proprietário como segurado especial, desde que comprovada a exploração em regime de economia familiar”.

Somente com a edição da Lei n. 11.718, que alterou o art. 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/91, que foi fixado, como limite para o enquadramento do trabalhador rural como segurado especial, a exploração de imóvel rural com área de até 4 módulos fiscais.

Cabe esclarecer que módulo fiscal é instituído pelo art. 50 do Estatuto da Terra, Lei n. 4.504/1964, e é definido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para cada município e reflete a média dos módulos rurais do município, razão pela qual tem área variada dependendo do município situado (GARCIA, 2016).

Devido a variabilidade do módulos fiscal, o Instituto Nacional da Colonização da Reforma Agrária disponibilizou, em seu site, a equivalência do módulo fiscal em cada município<sup>[2]</sup>.

Ocorre que, mesmo com a fixação de quatro módulos fiscais para o enquadramento como segurado especial, é necessário considerar, frente ao caso concreto, fatores como a quantidade de membros da família envolvidos na produção, a utilização de empregados, a utilização de maquinários e as peculiaridades do produto cultivado, o rendimento auferido com a produção e etc... (GARCIA, 2016).

A análise exclusiva acerca da extensão da propriedade, superior à quatro módulos fiscais, não pode ser critério exclusivo para a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, pois nem sempre condiz com realidade em que labora o segurado.

Lazarri (2019), citando um julgado do Superior Tribunal de Justiça, informa que:

No que tange a extensão do imóvel rural, a jurisprudência é firme no sentido de que a dimensão não afasta, *per se*, a caracterização do regime de economia familiar, podendo tal condição ser demonstrada por outros meios de prova, independentemente se a propriedade em questão possui área igual ou superior ao módulo rural da respectiva região (STJ, REsp 199900880757; TNU, PEDILEF 2002.71.02.008344-1).

Mesmo após a edição da Lei n. 11.718/2008, a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudências dos Juizados Especiais Federais ratificou a orientação da Súmula n. 30, já citada, no sentido de que, mesmo que área explorada seja superior a módulos fiscais, é possível reconhecer o exercício da atividade rural como segurado especial, analisando as peculiaridades do caso concreto (CASTRO; LAZZARI, 2019).

No entanto, em se tratando de decisão em âmbito administrativo, o INSS, por se tratar de autarquia pública, está vinculado aos ditames das Instruções Normativas, em atendimento ao princípio da legalidade, sendo vedada qualquer ponderação com relação as peculiaridades do caso concreto.

Desta forma, ultrapassando a área explorada aos 4 módulos fiscais, a autarquia previdenciária desqualifica a condição de segurado especial do requerente, acarretando no indeferimento em âmbito administrativo e, conseqüentemente, a judicialização destas demandas e a interferência do poder judiciário em decisões administrativas.

Em prol do segurado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência consentem que, mesmo que a propriedade explorada seja superior à 4 módulos fiscais, tal



condição não pode ser, por si só, suficiente para descaracterizar a qualidade de segurado especial do trabalhador rural.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou este entendimento em prol dos pequenos trabalhadores rurais:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. ACÓRDÃO QUE AFASTOU A CONDIÇÃO DE RURÍCOLA DIANTE DA EXTENSÃO DA PROPRIEDADE. 1. A teor da legislação de regência e da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o tamanho da propriedade, por si só, não é fundamento suficiente à descaracterização do exercício de trabalho rural, em regime de economia familiar. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp nº 1.532.010/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina. 1ª Turma. DJ: 22/09/2015, DP: 29/09/2015).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da mesma forma, dita que, o tamanho do imóvel, por si só, não descaracteriza a qualidade de segurado especial, veja-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. REQUISITOS LEGAIS. COMPROVAÇÃO. TRABALHO URBANO DO CÔNJUGE. TAMANHO DA PROPRIEDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]. 6. A área da propriedade rural, por si só, não constitui óbice ao reconhecimento da condição de segurado especial, sendo apenas mais um aspecto a ser considerado juntamente com o restante do conjunto probatório. 7. Verba honorária majorada em razão do comando inserto no § 11 do art. 85 do CPC/2015. (TRF4, AC 5049371-10.2016.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 06/02/2019)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA. SEGURADO ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. TAMANHO DA PROPRIEDADE. TIPO DE PRODUÇÃO. INCAPACIDADE LABORAL. COMPROVAÇÃO. TERMO INICIAL. TUTELA ESPECÍFICA. I. Em se tratando de

segurado especial (trabalhador rural), a concessão de aposentadoria por invalidez, de auxílio-doença ou de auxílio-acidente (no valor de um salário mínimo), independe de carência, mas pressupõe a demonstração da qualidade de segurado e de incapacidade laboral. II. A área da propriedade e a tipo de exploração, por si só não constitui óbice ao reconhecimento da condição de segurado especial, salvo nas hipóteses em que seja de tal monta que inviabilize a sua exploração apenas pelo grupo familiar. No caso, a área e os comprovantes de comercialização não indicam produção em nível empresarial. III. Demonstrada a incapacidade da segurada para o exercício de suas atividades habituais, justifica-se a conclusão pela concessão de auxílio-doença desde o requerimento administrativo. IV. Determinada a implementação do benefício concedido. (TRF4, APELREEX 0011851-38.2015.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relator ROGERIO FAVRETO, D.E. 09/03/2017)

Os julgamentos judiciais, diferente do âmbito administrativo, observam todas as peculiaridades do caso concreto, analisando, inclusive, se é explorado o imóvel por completo ou parcial, se é utilizado maquinário, empregados e outras características que possam, além da extensão do imóvel, comprovar que não se trata de pequeno trabalhador rural.

Neste sentido, tem-se o recente julgado do TRF4:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. SEGURADO ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR NÃO DESCARACTERIZADO. 1. Não é apenas a extensão da propriedade rural que define a qualidade de segurado especial em regime de economia familiar, tal qual como prevista no art. 11 da Lei 8.213/91. Tal aspecto deve ser analisado em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, como localização do imóvel, qualidade e ocupação das terras, cultura explorada, volume da exploração, utilização de maquinário ou mão-de-obra. Precedentes deste TRF4. 2. Apesar de a área de propriedade do autor superar a quantidade máxima de módulos fiscais prevista no art. 11 da Lei 8.213/91, há prova dos autos no sentido de que a exploração é em área inferior, que não extrapola quatro módulos fiscais previstos para o município em que reside,

restando, à vista dos demais elementos de prova colhidos, caracterizada a qualidade de segurado especial. (TRF4, AC 5014020-05.2018.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 28/08/2019)

Ante o exposto, nota-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial, levando em conta a função social da norma e os seus princípios norteadores, permitem a flexibilização do critério da extensão da área rural, que, por si só, não tem o condão de descaracterizar a qualidade de segurado especial.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo exposto no presente trabalho, apesar da lei 11.718/2008 ter fixado 4 módulos fiscais como limite para o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial, em um caráter objetivo, foi demonstrado que o entendimento dominante doutrinário e jurisprudencial permitem a flexibilização da referida extensão.

Trata-se de um olhar mais apurado e humanitário sobre o trabalhador rural em oposto a análise literal e objetiva do diploma legal, observando não apenas a extensão do imóvel para a caracterização como segurado especial, mas sim a área efetivamente explorada, o uso ou não de maquinários e empregados, o lucro obtido com a comercialização do produto.

Leva-se em conta a função protetiva da Previdência Social, os seus princípios norteadores e a busca do bem-estar social.

Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais aqui apresentados deveriam ser levados em consideração no âmbito das decisões administrativas da autarquia previdenciária, de modo a reconhecer o direito dos pequenos trabalhadores rurais sem a necessidade de intervenção do poder judiciário.

A análise estritamente legal realizada pela autarquia previdenciária retira a segurança jurídica dos trabalhadores rurais na condição de segurado especial que, por muitas das vezes, têm o seu benefício indeferido com base em um apenas dos critérios, ocasionando a judicialização destas demandas.

Portanto, após análise das leis previdenciárias, dos entendimentos doutrinários e dos julgados mais recentes, conclui-se que a extensão do imóvel rural não é critério, por si só, capaz de descaracterizar o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial, devendo ser analisado o caso concreto e todas as suas peculiaridades.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 3.048, promulgado em de 06 de maio de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 5.452, promulgado em de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.212, 24 de julho de 1991**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm)> Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.213, 24 de julho de 1991**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)> Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.666.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.666.htm)> Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. PREVIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Reforma da previdência social – pec-6/2019**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 24 de fevereiro de 2019

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça - STF. AgRg no REsp nº 1.532.010/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina. 1ª Turma. DJ: 22/09/2015, DP: 29/09/2015

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de direito previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forensense, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2014.

Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. **Manual de direito previdenciário**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARCIA, Silvio Marques. **Aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais**. Franca, São Paulo: Lemons e Cruz, 2015.

INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, DE 06 DE AGOSTO DE 2010 - DOU DE 11/08/2010

KOVALCZUK, José Enéas Filho. **A função social da proteção previdenciária aos trabalhadores rurais**. São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil: previdência social, previdência Privada, FGTS, PIS/Pasep, outros programas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2017.

ROCHA, Daniel Machado da. BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Assistência social – benefícios**. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>. Acesso em: 20 de nov. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRF4, AC 5049371-10.2016.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 06/02/2019

TRF4, AC 5011705-04.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 27/11/2018

TRF4, APELREEX 0011851-38.2015.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relator ROGERIO FAVRETO, D.E. 09/03/2017

TRF4, AC 5006650-38.2019.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator JULIO GUILHERME BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER, juntado aos autos em 19/09/2019.

TRF4, AC 5000974-46.2018.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator ARTUR CÉSAR DE SOUZA, publicado em 16/02/2019.

TRF4, AC 5014020-05.2018.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, publicado em 28/08/2019

TJ-SP 22253118220178260000 SP 2225311-82.2017.8.26.0000, Relator: Virgílio de Oliveira Junior, Data de Julgamento: 02/04/2018, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/04/2018.

NOTA:

---

<sup>[1]</sup>Pós-graduação em Direito Contemporâneo, Professora do Curso de Direito da Universidade do Contestado, campus Mafra, Avenida Nereu Ramos, Jardim Moinho, Mafra/SC, CEP:89.380-000, e-mail: lecialabas@yahoo.com.br:

[http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/indices-cadastrais/indices\\_basicos\\_2013\\_por\\_municipio.pdf](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/indices-cadastrais/indices_basicos_2013_por_municipio.pdf)<sup>[2]</sup>

## PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS A CRIMES HEDIONDOS

**MARCIO REGUELIN:** Graduando no Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas.

Me. **FRANCIELI BORCHARTT DA CRUZ**<sup>3</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** O presente estudo busca abordar as propostas de alteração do estatuto da criança e do adolescente no que tange a aplicação da medida socioeducativa de internação, tais propostas não são relativamente novas e estão em discussão na atualidade, e a cada novo caso de ato infracional grave cometido por adolescente o tema volta a ser discutido ainda com mais ênfase, tanto na sociedade como na Câmara dos Deputados. Para tanto, buscam-se bibliografias referentes à temática em pauta, tais como, livros, artigos, revistas científicas e internet, demonstrando como era tratado o direito da criança e do adolescente no passado, e como ainda que lentamente tal direito foi evoluindo para assim reconhecer a criança e adolescente como cidadãos de direito. No que tange as propostas de alteração do ECA, será abordado o tema, redução da maioridade penal, este muito polêmico em virtude da aprovação da PEC 171/03 e também o tema endurecimento na aplicação da medida socioeducativa de internação, onde hoje, várias propostas visam o aumento no tempo máximo de internação o que é um retrocesso aos direitos conquistados ao longo de vários anos por essa parcela da sociedade. Para justificar esse retrocesso e para firmar o posicionamento que tais propostas não são viáveis e ferem os direitos conquistados pelos infantis, também será feito um estudo de campo, onde a coleta de dados, terá como foco, trazer como de fato é feita a aplicação da medida de internação, trazendo o que de prevê o ECA, o que foi efetivado, e quanto ainda é deixado de aplicar mesmo após os seus 29 anos de criação.

**Palavras-chave:** Menoridade. Adolescente. Ato infracional. Infância.

---

<sup>3</sup> Professora Orientadora do Artigo. Graduada pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, Santa Maria/RS (2010); Pós graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA, Santa Rosa/RS (2012); Mestre em Direito e Multiculturalismo pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai da Região das Missões – URI, Santo Angelo /RS (2017).

**ABSTRACT:** This study seeks to approach the proposed changes to the child and adolescent's statute regarding the implementation of socio hospitalization as such proposals are relatively new and are in at the present discussion, and every new case of serious offense committed by adolescent the subject is once again discussed with more emphasis both in society and in the Chamber of Deputies. To this end, bibliographies related to the theme will be sought, such as books, articles, scientific journals and internet dismantling how the rights of children and adolescents were treated in the past, and how slowly that right was evolving to recognize the child and adolescent as a citizen of law. Concerning the proposals for amendment of the child and adolescent's statute, the issue of reducing the age of penal older age will be addressed, which is very controversial due to the approval of the PEC 171/03 and also the theme of hardening the application of the socio-educational measure of internment, where today several proposals view the increase in the maximum length of hospitalization which is a setback to the rights conquered over several years by this part of society. To justify this setback and to establish the position that such proposals are not viable and hurt the rights conquered by children, a field study will also be done, where the data collection will focus on how the application of hospitalization, bringing what the child and adolescent's statute foresees, what was accomplished, and how much is still not applied even after its 29 years of creation.

**Keywords:** Underage. Adolescent. Infringement Act. Childhood.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. ASPECTO HISTÓRICO DA IDADE ANTIGA À IDADE CONTEMPORÂNEA ACERCA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1.1. PRINCIPAIS NORMATIVAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA. 1.2.A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL. 1.2.1 CÓDIGO DE MELLO MATTOS. 1.2.2 CÓDIGO DE MENORES DE 1979. 1.2.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069. 2. AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ECA SOBRE A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR. 2.1 MAIORIDADE PENAL. 2.2 DO DIREITO COMPARADO. 2.3 AUMENTO NO TEMPO DE INTERNAÇÃO. 3 A INEFICÁCIA NA ATUAL APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. 3.1 APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NO MUNICÍPIO DE JI-PARANÁ/RO. 3.1.1 DA INSTITUIÇÃO CASE. 3.1.2 QUADRO DE FUNCIONÁRIOS. 3.2 DA INFRAESTRUTURA E APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. 3.3 ANÁLISE QUANTITATIVA DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO NOS ANOS DE 2017 A 2019 NO CASE JI-PARANÁ. 3.3.1 DA IDADE. 3.3.2 DA COR DA PELE. 3.3.3 DA ESCOLARIDADE. 3.3.4 DO ATO INFRACIONAL. 3.3.5 DA REINCIDÊNCIA. 3.3.6 DO ENVOLVIMENTO COM DROGAS. 3.3.7 DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS. 6 ANEXO.  
INTRODUÇÃO



O presente trabalho busca trazer uma abordagem acerca das propostas que visam alterar dispositivos da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.069/90 mais conhecida como Eca, mais precisamente no que se refere a maioria penal prevista no Art. 228 da CF/88 e Art. 2º do ECA, onde com os presentes projetos de lei busca-se a alteração dessa maioria penal que hoje é de 18 anos para 16 anos.

Muito embora os projetos de lei contenham boa aceitação por parte da população o que em tese justificaria a mudança do Eca, o trabalho abordará como as crianças e adolescentes eram vistos no passado e como foi longa a luta que tiveram para ter seus direitos reconhecidos e garantidos pela legislação.

Neste contexto será feita toda uma análise do caminho percorrido na busca de seus direitos desde a idade antiga até se chegar a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil.

Posteriormente será abordada a proposta de emenda à constituição, PEC 171/03, onde se busca reduzir a idade penal para 16 anos, esta já teve sua aprovação na Câmara dos Deputados, mas, encontra-se parada aguardando ser analisada pelo Senado Federal, embora tenha sido aprovada, muitos doutrinadores entendem que tal PEC afronta a Constituição Federal visto que a inimputabilidade penal aos 18 anos se trata de cláusula pétrea.

Em sequência será analisada as propostas que visam alterar o disposto no Art. 121, §3º do Eca, onde dispõe que o tempo máximo da medida de internação será de 3 anos, porém, tais propostas, tanto de iniciativa da Câmara dos Deputados, como do Senado Federal, visam aumentar este tempo de internação, o que contraria os princípios que regem a aplicação dessa medida, quais sejam, o princípio da Brevidade e da Excepcionalidade; por eles a medida de internação deve ser breve, pois seu caráter não é punitivo e sim educativo, e também deve ser excepcional, ou seja, havendo outra medida a mesma deve ser aplicada.

Por fim, o presente trabalho conterà uma pesquisa de campo onde busca demonstrar como é feita a aplicação da medida de internação no município de Ji-Paraná, para tanto conterà dados referente aos anos de 2017 a 2019, onde será demonstrado parte estrutural, quadro de servidores, atividades desenvolvidas pelos adolescentes, idade com maior aplicação da medida, escolaridade, reincidência, envolvimento com drogas, ato infracional com maior aplicação da medida de internação; terá como fundamento demonstrar que embora o Eca, já exista 29 anos, ainda não conseguiu ser totalmente efetivado, o que colabora com a ineficácia de sua aplicação e acarreta revolta na sociedade.

## 1. ASPECTO HISTÓRICO DA IDADE ANTIGA À IDADE CONTEMPORÂNEA ACERCA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Na atualidade, muito se tem debatido a respeito de mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente com objetivo de tornar mais dura a aplicação de medidas socioeducativas aos adolescentes que vierem a praticar atos infracionais, contudo, importante se faz abordar o contexto histórico e sociológico para que se possa vislumbrar os abusos cometidos ao longo de toda civilização contra essa parcela da sociedade, e conseqüentemente o avanço na legislação acerca da proteção dos direitos da criança e do adolescente, estes que no passado não eram reconhecidos como sujeitos de direito, assim deixados à margem da sociedade.

Dentre os escritos, o Código de Hamurabi (um dos mais antigos que se tem conhecimento), já previa em seu corpo, artigos específicos no qual dispunha de duras punições às crianças que cometessem algo contrário aos costumes da época. (AGUIAR, 2015, p. 16).

### CÓDIGO DE HAMURABI

Art. 192 – Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz diz a seu pai adotivo ou, a sua mãe adotiva: “tu não és meu pai ou minha mãe”, dever-se-á cortar-lhe a língua; Art. 193 – Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, se lhe deverão arrancar os olhos; Art. 195 – Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos. (BUENO, 2012, p. 38).

Na **idade antiga**, 3600 a.C conforme SCHNAPP, (1996, p. 22-23) citado por D’AGOSTINI (2011, p. 25-26) A civilização grega foi palco de uma das maiores manifestações sociais conhecidas na História da Humanidade. Apesar de ser fundamentalmente o alicerce de um sistema enaltecido dos valores masculinos e sua superioridade sobre o sexo feminino, foi uma das primeiras civilizações a delinear a função do jovem na polis.

Desde muitos cedo o jovem era separado de sua família e colocado sob um sistema rígido de educação física e intelectual para compor o corpo militar e alcançar o status de cidadão grego, objetivando o fortalecimento da organização militar e a supremacia do império grego sobre os outros povos. (D’AGOSTINI, 2011, p. 26).

Logo, vislumbra-se que na época não havia menção à transição da criança para adolescência, sendo que a partir do momento que a criança já pudesse ser retirada de sua família, o mesmo era feito assim, a privando de um crescimento normal junto de seus familiares, em virtude do amadurecimento precoce, imposto com o objetivo de ter soldados com o máximo de disciplina; já as mulheres independentemente da idade se dedicavam a atividade doméstica.

D'AGOSTINI (2011, p. 25-26) também cita em sua obra que a Grécia é conhecida como sendo uma das primeiras civilizações a revelar a pederastia, ou seja, a prática de atos sexuais de adultos com jovens, estes que eram tratados como objetos de seus mestres e forçados a ter relações sexuais denominadas como sendo de cunho educativo.

Outra civilização na idade antiga era a **Romana**, que é de onde se tem indícios dos primeiros casos de infanticídio, D'AGOSTINI (2011, p. 26) recém-nascidos eram expostos nas portas do palácio imperial, matando os que não eram escolhidos, contudo, em virtude dos costumes da época essa prática passou a ser considerado delito apenas no século IV.

ARIES e De MAUSE sustentam que a prática do infanticídio foi considerada normal até o século XIX. D'AGOSTINI (2011, p. 26), assim nota-se que mesmo após a criminalização de tal prática, os abusos persistiram por um longo período, isto porque os filhos não eram vistos como detentores de direitos, mas sim, propriedade do Pai em virtude do poder patriarcal, este tendo total controle sobre seus filhos.

Na **idade média**, as crianças e adolescentes tinham pouca presença na Idade Antiga, dessa forma passaram a exclusão social. A infância tornou-se obscura e isenta de qualquer relevância na sociedade. D'AGOSTINI (2011, p. 27), apesar de a sociedade estar em constante estado de evolução, o direito a cerca da proteção das crianças e adolescentes acabou por retroceder ainda mais no tempo, assim passando a serem tratados como objetos.

Segundo HOROWITZ, citado por D'AGOSTINI (2011, p. 27), os filhos dos senhores feudais, após uma rígida educação católica, eram levados ao sacramento do matrimônio, especialmente as meninas, vendidas por seus pais em troca de dotes ou lotes de terra. O casamento precoce era visto como uma forma de evitar que a adolescente caísse em pecado, assim praticando a fornicação e o adultério, por ser uma fase de transformação e transição, era vista por D'AGOSTINI como turbulenta, ruidosa e perigosa.

O mesmo cita PATOUREAU, p.259 (apud D'AGOSTINI 2011, p. 27) "Não respeitam nada, transgridem a ordem social e moral. Creem saber tudo, vivem na

luxúria e no pecado, portanto, é necessário casá-las cedo para evitar a fornicação e o adultério”. Assim na idade média o casamento precoce principalmente entre as mulheres tinha como fundamento a religião e a moral como forma de se evitar que, com o amadurecimento da jovem, acabasse por cair em pecado.

A **idade moderna** século XV ao séc. XVIII é marcada com a ampliação do sentimento de infância, com isso, temos o surgimento da família moderna, época marcada por uma educação de forma rígida na formação da adolescência.

ARIÉS (p. 164-277, apud D’AGOSTINI, 2011, p. 28) “A criança assumiu lugar central dentro da família – a disciplina e a educação ascenderam socialmente, [...] o respeito rígido aos ditames sociais ainda era apregoado pelas igrejas; havia combate às ideias absolutistas impostas pelo regime monárquico, através da educação, com a construção de um novo cidadão a partir do processo educacional infantil, para moldar o adulto em perspectiva”.

Assim na idade moderna, a criança embora bastante influenciada em seu comportamento social pela igreja, passa a ter uma atenção voltada à educação infantil, esta utilizada na quebra de paradigmas, visando a construção de uma nova sociedade.

MARSHALL (1967, p. 73, apud D’AGOSTINI, 2011, p. 28; 29) “A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, estes têm em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza de cidadania. [...] O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva”.

Ainda que de forma tímida também foi na idade moderna que a criança passou a ter maior destaque dentro do convívio familiar, embora este convívio familiar tenha sido reduzido ao casal e os filhos, assim excluindo totalmente os filhos oriundos fora do casamento por serem considerados filhos ilegítimos. (AGUIAR, 2015, p. 21).

Nota-se que somente os filhos oriundos do casamento eram detentores do convívio familiar e de proteção jurídica, os filhos oriundos fora do casamento eram considerados “bastardos” e não possuíam qualquer direito.

A transição da idade Moderna para idade Contemporânea Sec. XVIII é marcado pela implantação do sistema capitalista. Conforme VERONEZE (p. 15, apud D'AGOSTINI, 2011, p. 29).

"[...] A organização e divisão dos meios de produção geraram para crianças e adolescentes novas funções, entre elas, fontes de exploração e consumo. As mãos pequenas facilitavam o alcance em espaços estreitos das máquinas, enquanto os salários eram irrisórios, bem menor que os dos adultos [...]. (D'AGOSTINI, 2011, p. 29).

Assim, na idade Contemporânea, em virtude do capitalismo, passa-se a ter a figura da exploração do trabalho infantil, onde devido o valor da mão de obra paga a criança ser muito menor que o valor pago a um adulto, acabou por incentivar tal prática por parte dos empregadores.

#### 1.1 PRINCIPAIS NORMATIVAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA

Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em 1948 tem como objetivo a garantia dos direitos de todos os cidadãos, sendo a mesma ratificada por vários países, dentre eles o Brasil no ano 1948.

"Finda a II Grande Guerra Mundial, a ONU viu-se compelida a pactuar com os Estados um tratado de paz, liberdade, justiça, respeito aos direitos dos homens, dignidade, e garantia da vida humana". (LIBERATI, 2012, p. 20).

"Dentre tantas garantias expressas na Declaração, destacam-se: o espaço reservado a garantia dos direitos fundamentais de convivência comunitária e familiar, com apoio à maternidade, à saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habilitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis e à educação". (LIBERATI, 2012, p. 21).

Deste modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, destaca-se pela sua proteção e respeito ao ser humano, englobando todas as classes seja homem, mulher, adulto, adolescente ou criança, sem fazer distinção de cor, raça ou sexo.

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada e proclamada no ano de 1959, também ratificada pelo Brasil, trata-se de um instrumento de total proteção aos direitos da criança e do adolescente, colocando-os como pessoas em desenvolvimento no qual devem ter seus direitos resguardados e protegidos.

“[...] condensada em 10 princípios cuidadosamente elaborados e redigidos – afirma os direitos da criança à proteção especial e que lhe sejam propiciadas oportunidades e facilidades capazes de permitir seu desenvolvimento de modo sadio e normal e em condições de liberdade e dignidade. Ainda assegura o direito a um nome e a uma nacionalidade, a partir do nascimento; a gozar dos benefícios da previdência social, inclusive alimentação habitação, e assistência médica adequadas. [...] garante à criança criar-se num ambiente de afeto e segurança e, sempre que possível, sob os cuidados e a responsabilidade dos pais; receber educação; figurar entre os primeiros a receber proteção e socorro em caso de calamidade pública; proteção contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração; e proteção contra todos os atos que possam dar lugar a qualquer forma de discriminação. (LIBERATI, 2012, p. 21)

Nota-se que a criança mesmo antes do nascimento como após, é um ser em constante desenvolvimento e em virtude disso possui total prioridade na proteção de seus direitos, assim respeitando o princípio da Absoluta Prioridade.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992 reforça a gama de Direitos declarados tanto na Carta das Nações Unidas como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Conforme LIBERATI (2012, p. 22), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos traz especial proteção à família, por ser “núcleo natural e fundamental da sociedade”, além de reforçar os direitos da criança e garantindo que toda criança ao nascer deverá ser registrada após seu nascimento, receber um nome, e ter direito a uma nacionalidade.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ Pacto de San José da Costa Rica, criada em 1969, foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto 678 de 1992, tem como fundamento o respeito aos direitos humanos essenciais. (LIBERATI, 2012, p. 23)

Dividido em três partes o Pacto de São José da Costa Rica traz em sua primeira parte os Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, na segunda parte os Meios de Proteção, e em sua terceira parte as Disposições Transitórias. Em sua primeira parte, encontra-se o artigo 19, o qual afirma os direitos da Criança. (LIBERATI, 2012, p. 22).

#### CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)

Artigo 19 - Direitos da criança; toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Disponível em: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br) acesso em 05/10/2019

Assim, o Pacto de São José da Costa Rica, trata-se de mais um poderoso documento internacional no qual vem reafirmando a proteção aos direitos da criança, estas que estão em constante desenvolvimento e assim merecem total atenção e proteção, seja por parte da Sociedade, da Família ou do Estado.

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil/Regras Mínimas de Beijing, também conhecida com Pequim, com a Resolução 40/33 de 1985, tais regras foram aprovadas durante 7º congresso das Nações Unidas.

“Esse documento enuncia os princípios básicos para a proteção aos direitos fundamentais de todo homem, inclusive do jovem infrator. Essas regras representam, pois, a consideração das condições mínimas para o tratamento dos jovens infratores em qualquer parte do mundo. Como signatários, os Estados devem respeitá-las e integrá-las em suas leis internas”. (LIBERATI, 2012, p. 24).

Através das Regras Mínimas de Beijing, foram estipuladas diretrizes mínimas de proteção aos direitos dos homens, principalmente no tocante aos jovens, por estarem em uma condição de desenvolvimento e maior vulnerabilidade.

As Regras de Beijing buscam proteger o jovem no seu ambiente familiar, trabalhando com a prevenção e proteção, antes da passagem para delinquência, buscando-se evitar ao máximo a intervenção do sistema de justiça. (LIBERATI, 2012, p. 25).

Outro ponto importante sobre as Regras de Beijing é que as medidas restritivas de liberdade, como exemplo a internação no caso dos jovens, só deve ser aplicada em último caso, deste modo, sempre que possível deve ser aplicada as medidas em meio aberto, uma vez que a mesma não deve ter caráter punitivo e sim educativo. Destaca-se também que as Regras de Beijing tiveram importante papel na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil.

Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil/Diretrizes de Riad, as Diretrizes de Riad criadas por meio da resolução 45/112 de 14.12.1990 tem como objetivo a política de prevenção à delinquência

juvenil, onde estabelecem princípios de proteção, tendo como pilar a Família, a Sociedade e o Estado por meio de programas de prevenção à delinquência como uma forma para prevenir que os jovens venham a delinquir.

As Diretrizes de Riad também representam visível destaque na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de firmar o posicionamento de que é na família, o espaço de recuperação e reintegração do jovem, inclusive servindo como local de controle social. (LIBERATI, 2012, p. 28).

Regras mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade, instituída pela Resolução 45/113 em 14/12/1990, trata das garantias dos jovens infratores LIBERATI (2012, p. 29), estabelecendo normas quanto à aplicação da medida de internação em estabelecimento apropriado aos jovens que cometerem ato infracional passível de internação.

No tocante à Criança ou Adolescente, as Regras para Proteção de Jovens Privados de Liberdade trazem a seguinte definição, “Criança ou adolescente é qualquer pessoa que tenha menos de 18 anos. A idade-limite abaixo da qual não deve ser permitida privar uma criança de liberdade deve ser fixado em lei”. (LIBERATI, 2012, p. 29).

Entre os vários princípios que norteiam tais regras, destaca-se o seguinte:

“2- A privação de liberdade de um adolescente deve ser uma medida de último recurso, pelo período mínimo necessário, devendo ser limitada a casos excepcionais. A duração da sanção deve ser determinada por uma autoridade judicial, sem excluir a possibilidade de uma libertação antecipada. (LIBERATI, 2012, p. 29).

Nota-se que tais regras prestigiavam a aplicação dos princípios da excepcionalidade e da brevidade na medida de internação, o que continua sendo mantido e apreciados com a aplicação da medida de internação imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - no Brasil.

Outro ponto importante previsto nas Regras para Proteção de Jovens Privados de Liberdade e que também encontramos no ECA, trata da separação dos jovens privados de liberdade conforme critérios estabelecidos em lei, tais como: a idade, tipo de crime, estatura, compleição física, entre outros.



## 1.2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

As crianças e adolescente no passado nunca tiveram seus direitos e garantias assegurados, sendo necessário ao longo do tempo, instrumentos normativos visando garantir proteção a seus direitos, no Brasil a história não foi diferente, foram necessários diversos instrumentos normativos para a garantia de seus direitos como veremos adiante.

A Lei 2.040 denominada Lei do ventre livre de 22/09/1871 garantia que os filhos nascidos de escravas estariam livres, sendo que a criança ficaria junto de sua mãe até os 08 anos de idade, após os 08 anos o proprietário da mãe poderia receber uma indenização do estado ou utilizar o serviço da criança até que ela completasse 21 anos de idade, infelizmente a lei não teve a eficácia desejada, visto que em sua maioria os proprietários preferiam utilizar a mão de obra da criança até que completasse a idade de 21. (LIBERATI, 2012, p. 41).

Instituída na Santa Casa do Rio de Janeiro em 1738 ainda no Brasil-Colônia, a Roda dos Expostos teve grande importância na proteção infantil, a roda servia para que as mães que não pudessem criar seus filhos não os deixassem na rua, as crianças eram postas na roda e ninguém ficava sabendo quem eram os pais devido seu anonimato, destaca-se que os filhos de escravas postas na Roda eram considerados livres. (LIBERATI, 2012, p. 41).

A Constituição do Império de 1824 foi totalmente omissa na proteção da infância, contudo o Código Criminal do Império de 1830 trouxe a figura do menor de 14 anos como isento de imputabilidade, destarte que se o menor de 14 anos tivesse discernimento do ato que praticou era recolhido às Casas de Correção até que completasse 17 anos, na inexistência das Casas de Correção era posto em prisões de adultos. O critério de discernimento para aplicação de sanção aos menores de 14 anos foi revogado em 1921 pela Lei 4.242, tornando assim isento de responsabilidade penal os menores de 14 anos. (LIBERATI, 2012, p. 42 - 43).

Código Penal de 1940, embora este não ser tratado como instrumento normativo de proteção aos direitos da criança, mas sim, uma forma de manter a paz social estabelecendo sanções ao que cometem a prática de crime ou contravenção penal, teve importante papel na proteção da infância ao estabelecer a idade penal aos 18 anos; sendo esta, mantida até os dias atuais.

DECRETO-LEI N° 2.848/40

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 06/10/2019.

Assim, hoje os menores de 18 anos que venham a praticar algum ato infracional, serão responsabilizados dentro do que estiver previsto em legislação especial.

### **1.1.1 CÓDIGO DE MELLO MATTOS**

Criado pelo Decreto 17.943-A de 12/10/1927, o Código de Mello Mattos foi o primeiro Código Brasileiro a consolidar as Leis de assistência e proteção a menores, possuía duas divisões sendo uma destinada aos menores abandonados e outra aos menores delinquentes, tendo como requisito para aplicação de suas medidas o menor possuir idade inferior a 18 anos. (LIBERATI, 2012, p. 66).

Assim, em 1927 já se previa que a maioria penal seria a partir dos 18 anos completos, idade essa que se mantém até os dias atuais.

Embora pioneiro o Código de Mello Mattos representou um grande avanço na legislação de proteção ao direito dos infantes visto a grande omissão legislativa na qual existia.

Sem descer às minúcias de cada caso, pode-se falar que o Código Mello Mattos representou a abertura de uma visão legislativa sobre o problema da criança e do adolescente em todos os seus aspectos. Antecedente das grandes medidas tomadas pelos Organismos Internacionais, não obstante, os defeitos naturais em um diploma pioneiro, é lícito apontá-lo como código precursor, o qual colocou o Brasil na vanguarda dos países latino-americanos e preparou-o para enfrentar a questão da infância desassistida, agravada pela problemática social, neste último meio século. Disponível: [www.portaleducacao.com.br](http://www.portaleducacao.com.br). Acesso em 06/10/2019.

O trabalho infantil, este muito utilizado nas indústrias em virtude do baixo custo pago pela mão de obra dos infantes, com o advento do Código de Mello Mattos foi proibida, assim embora tenha sido muito criticado pelo empresariado ficou proibido o trabalho das crianças com idade inferior a 12 anos.

“Às crianças e aos adolescentes restavam dois caminhos. Ou trabalhavam, submetidos a serviços pesados ou perigosos,

jornadas exaustivas e pagamentos irrisórios. Trabalhadores imberbes eram vistos operando máquinas nas indústrias, vendendo bilhetes de loteria nas ruas e participando das colheitas nas fazendas”. Disponível: [www12.senado.leg.br](http://www12.senado.leg.br) acesso em 07/10/2019.

Figura 1 - Crianças trabalham em fábrica de sapatos no início do século 20.



Disponível: [www12.senado.leg.br](http://www12.senado.leg.br). Acesso em 07/10/2019.

Vale lembrar que pelo Código de Mello Mattos não se fazia distinção entre menor abandonado ou delinquente para aplicação das medidas nele impostas, LIBERATI (2012, p. 66), sendo que o art. 55 previa a aplicação das medidas de caráter não punitivo, onde dentre várias, destacam-se a guarda e responsabilidade, a guarda mediante soldada, a delegação do pátrio poder e a internação. (LIBERATI, 2012, p. 67).

Na guarda e responsabilidade, o menor abandonado era posto em outra família para que fosse criado como se em sua família estivesse assim recebendo total assistência pela nova família. (LIBERATI, 2012, p. 67).

Na guarda mediante soldada, o menor também era colocado em outra família para que recebesse assistência, contudo, essa família era remunerada pelo serviço, na maior parte dos casos essa medida era mais aplicada às meninas. (LIBERATI, 2012, p. 67).

A delegação do Poder Pátrio nada mais era do que a transferência do poder que os pais tinham sobre a criança para a outra família ou instituição que passaria a cuidar da criança, essa medida era considerada como medida de tratamento e prevenção, tais medidas aplicadas aos abandonados eram revisadas a cada 3 anos. (LIBERATI, 2012, p. 67).

Diferente do que acontecia aos menores abandonados, os adolescentes eram considerados delinquentes, sofriam a aplicação de medidas apenas de caráter punitivo. (LIBERATI, 2012, p. 68).

“Aos adolescentes considerados *delinquentes* o Código de Menores de 1927 instituiu as medidas de natureza *estritamente punitivas*, distinguindo-os entre o infrator maior ou menor de 14 anos. Se menor, o autor ou cúmplice de fato qualificado como crime, ou contravenção não podia ser submetido a processo penal. Neste caso, a autoridade competente tomava somente as informações sobre o fato punível e seus agentes, o estado físico, mental do menor e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor (art.68). (LIBERATI, 2012, p. 69).

Logo, pelo Código de 1927, a idade para submissão a processo judicial dos adolescentes que praticavam algum ato infracional era a partir dos 14 anos, idade essa que se manteve até a criação e posterior entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, trazendo uma nova repaginação em virtude do Estado Democrático de Direito que se instalou com a Constituição Cidadão de 1988, assim passou-se a considerar como criança, e impedidos de serem submetidos a processo judicial, aqueles com idade inferior a 12 anos.

Dentre as várias medidas previstas no Código de Menores de 1927, a mais grave aplicava-se aos adolescentes que tinham a idade entre 16 a 18 anos, para estes, sendo aplicada a medida de internação, deveriam ser recolhidos a estabelecimento próprio para menores; mas, em sua ausência, eram postos em prisão comum ficando apenas separados dos presos adultos. (LIBERATI, 2012, p. 68).

Embora o Código de 1927 tenha sido um marco na legislação Brasileira, possuía inúmeras críticas, assim com o advento do Estado Social em 1941, ainda na vigência do Código de 1927, foi criado o SAM “Serviço de Assistência a Menores” pelo Decreto-lei 3.799/41.

“O SAM tinha como missão amparar socialmente os menores carentes, abandonados e infratores, centralizando a execução de uma política de atendimento, de caráter corretivo-repressivo-assistencial, em todo território nacional. [...] foi criado para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo juiz [...]”. (LIBERATI, 2012, p. 75; 76).

Infelizmente em virtude da ausência de recursos e devido a uma estrutura precária, LIBERATI (2012, p. 77), o SAM não conseguiu alcançar os resultados que desejava na recuperação dos adolescentes ali internados, sendo mais tarde substituída no Brasil pela então FUNABEM no ano de 1964.

**FUNABEM** também instituída na vigência do Código de Mello Mattos por força da Lei. 4.513/64, teve o condão de substituir o antigo SAM por este não alcançar o objetivo pelo qual se desejava.

Conforme LIBERATI (2012, p. 84), a FUNABEM foi criada para um propósito mais assistencial, de prevenção e não de caráter repressivo, assim o menor era encarado como um carente, inclusive os que praticavam ato infracional.

Contudo, a FUNABEM foi outro insucesso, não conseguindo prestar a assistência que o menor precisava, isso deu-se devido ao número expressivo de menores, inúmeras fugas, rebeliões, além de atos de violência praticados contra os menores com objetivo de educar. (AGUIAR, 2015, p. 37).

Logo devido o insucesso na prevenção e garantia dos menores, no ano de 1979 foi então criado o novo Código de Menores, assim revogando o Código de Mello Mattos de 1927, passando a adotar novas políticas de atendimento às crianças e adolescentes. (LIBERATI, 2012, p. 88-89).

### **1.1.2 CÓDIGO DE MENORES DE 1979**

Criado pela Lei 6.697 e promulgado no ano internacional da criança, veio para revogar o antigo Código de Mello Mattos e assim se adequar a legislação e a política de atendimento proposta pela FUNABEM. (LIBERATI, 2012, p. 92).

Com a criação deste novo Código, surgiu também a criação de um novo termo no tocante aos menores, termo este denominado Menor em "Situação Irregular" disposto no art. 2º, como não houve uma definição precisa acerca de quais menores estariam em situação irregular, passou a ser interpretado como menor em situação irregular todo aquele menor de 18 anos que cometesse algum desvio de conduta ou ato infracional, fosse vítima de maus tratos, estivesse em situação de abandono, ou seja, não houve uma clareza na definição tratando diversas situações envolvendo menores como situação irregular.

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos

pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 07/10/2019.

Como ponto negativo dessa nova figura do menor em situação irregular, criou-se um tratamento genérico, assim em muitos casos acabavam por misturar nas instituições de acolhimentos os menores infratores, abandonados ou vitimizados, tratando todos de uma mesma forma independente da situação que se encontrava.

“Por isso, as medidas não eram diferenciadas, ou seja, aplicavam-se indistintamente, a todos os menores em situação irregular, conforme o mais adequado, após o diagnóstico”. (LIBERATI, 2012, p. 94).

O art.14 do Código de Menores tratava de numerar as medidas que poderiam ser aplicadas aos menores em situação irregular, sendo elas, “I – Advertência; II – entrega aos pais ou responsável ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III – colocação em lar substituto; IV – imposição do regime de liberdade assistida; V – colocação em casa de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado”. (LIBERATI, 2012, p. 94).

Embora as medidas de internação e semiliberdade prevista no art. 14 em teoria tivesse um caráter educativo, como forma de reintegrar o menor novamente à sociedade e a sua família, na prática, sua aplicação se dava mais de forma retributiva, assemelhando a pena criminal. (LIBERATI, 2012, p. 94).

No tocante a Internação, prevista de forma detalhada no art. 40 do referido Código, destaca-se que a mesma, não possuía tempo determinado, sendo que o menor deveria ser reavaliado no prazo máximo de 2 anos, assim caso o juízo da infância não entendesse pela desinternação, poderia mantê-lo internado até sua recuperação e pronto para o retorno à sociedade, prevê o §2º que na falta de estabelecimento adequado, o menor poderia ficar internado em local destinado aos adultos, desde que não houvesse comunicação, em seu § 3º e 4º que, caso o menor

completar 21 anos com a manutenção da medida de internação, o mesmo passaria a ficar sobre a jurisdição do juízo da execução penal, sendo removido para estabelecimento adequado até que o mesmo julgasse extinta a manutenção de sua medida. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em 07/10/2019.

### **1.1.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069**

Criado em 13 de julho de 1990, veio para revogar o Código de Menores de 1979, assim estabelecendo uma nova visão quanto a proteção ao direito das crianças e adolescentes, sendo desenvolvido em conformidade com a Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, teve como marco o estabelecimento da proteção integral à criança e adolescente em seu Art. 1º, assim adotando nova visão as garantias e direitos infanto-juvenis.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em 07/10/2019.

Na Constituição Federal de 1988 podemos encontrar tal previsão sobre os direitos da criança e do adolescente em seu Art. 227, onde dispõem que:

#### **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em 07/10/2019.

Conforme LIBERATI (2015, p. 18), o Princípio da Proteção Integral do direito da criança e do adolescente, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o qual foi adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1989, contudo no Brasil só passou a ser adotada em 14/09/1990 após ser ratificado pelo Congresso Nacional.

Vale ressaltar que o princípio da Proteção Integral estabelecido no ECA, não se resume a proteger os direitos de apenas um único grupo de criança ou adolescente, assim definidos como “carente”, “abandonado”, ou “infrator”, mas, se

presta a proteção dos direitos e garantias de todas as crianças e adolescentes, sem qualquer distinção. (LIBERATI, 2012, p. 54).

Outra inovação do ECA foi o Art. 103, tratando como “Ato Infracional” toda conduta descrita como Crime ou Contravenção penal, assim corroborando o princípio da Legalidade e da Anterioridade, deste modo para que seja aplicada alguma das sanções disposta no ECA, no cometimento de ato infracional, a Criança ou Adolescente deve praticar um fato típico e antijurídico previsto no Código Penal, visto que não há crime sem lei que o anteriormente o defina. (LIBERATI, 2012, p. 108).

Assim com esse novo entendimento, tratando os atos praticados por criança e adolescente como Ato Infracional, não mais se utilizou a terminologia “Desvio de Conduta” prevista no Código de Menores de 1979.

Para NAPOLEÃO XAVIER DO AMARANTE (2010, p. 494, apud LIBERATI, 2012, p. 110), “[...] o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, simples ato infracional”.

Embora tal entendimento cause revolta à sociedade, uma vez que o ato praticado por criança ou adolescente seja encarado como simples ato infracional, e não como crime pelo motivo do autor no momento do ato não ter idade superior a 18 anos, mas, em muitos casos, próximos aos 18 anos, vale frisar conforme LIBERATI (2012, p. 111) que grande foi a luta durante toda a história para assegurar à criança e ao adolescente seus direitos fundamentais bem como para assegurar aos mesmos, a titularidade de seus direitos, vez que no passado eram tratados como objetos por seus responsáveis.

No mais, para LIBERATI (2015, p. 122), não existe diferença entre os conceitos de crime e ato infracional, pois ambas são condutas contrárias ao Direito, assim fazendo parte da categoria dos atos ilícitos.

Outro ponto previsto no ECA, trata de diferenciar a idade entre criança e adolescente para que assim possa ser aplicada a medida cabível no caso de cometimento de ato infracional, esta diferenciação está prevista em seu Art. 2º com a seguinte redação.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela



entre doze e dezoito anos de idade. Disponível:  
[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em 07/10/2019.

Logo, ao cometimento de ato infracional por criança, conforme definido em lei, a ela será aplicada medidas protetivas dispostas no Art. 101 do ECA, essas medidas não possuem caráter punitivo, tendo natureza administrativa, podendo ser aplicada pelo próprio Conselho Tutelar, dispensando processo judicial, exceto quando se tratar de medida prevista nos incisos VIII e IX. (LIBERATI, 2012, p.113).

Outrora quando o Ato infracional for praticado por adolescente, a este caberá ao judiciário a aplicação das medidas socioeducativas previstas no Art. 112 do ECA, sempre analisando a capacidade do adolescente em cumpri-la, bem como a gravidade do ato praticado.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em 07/10/2019.

Quanto a execução das medidas socioeducativas, estas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, todas devem obrigatoriamente ter a participação da família e da sociedade, desde de a mais simples até a mais grave delas, que é a medida de internação, onde o adolescente pode ser retirado de seu recinto e posto em estabelecimento próprio para cumprimento de tal medida sob a tutela do Estado. (LIBERATI, 2012, p.118).

Na medida de internação, a mais grave de todas as medidas previstas no Art. 121 do ECA, diferente do Código de Menores de 1979, passou a estabelecer o tempo máximo de internação de 3 anos, e que no mínimo a cada 6 meses a sua manutenção deve ser reavaliada, caso o adolescente complete 21 anos deve ser feita a desinternação de forma compulsória, diferente do Código anterior que transferia o interno para outro estabelecimento até o juízo competente avaliar a sua manutenção ou não.

Essa medida de internação, se trata de uma exceção, e só poderá ser aplicada nos casos previstos no Art. 122 do ECA, quando se tratar de ato infracional com

grave ameaça, em virtude da prática reiterada de atos infracionais ou por descumprimento de medidas anteriormente impostas, a esta última, será aplicada a internação, sanção que possuiu o prazo máximo de internação de 3 meses. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em 07/10/2019.

## 2. AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ECA SOBRE A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

Devido ao aumento no número de adolescente que se envolvendo na prática de atos infracionais, bem como em alguns casos a crueldade empregada na execução destes atos, muito se tem debatido na sociedade e no Poder Legislativo sobre mudanças na aplicação do ECA, em especial na aplicação da medida de internação.

Assim o Poder Legislativo como forma de dar resposta a uma parcela da sociedade que espera que haja mudanças na aplicação do ECA, editou algumas propostas de Lei que tratam da matéria, dentre elas, cita-se a PEC 171/03, de autoria do ex-deputado Benedito Domingos (PP-DF), onde prevê alteração da redação do Art. 228 da Constituição Federal, reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos no caso de cometimento de crimes de homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e crimes hediondos, como o estupro. Este por sua vez foi aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados em 2015 por 320 votos a favor e 152 contra, atualmente aguarda para ser analisado pelo Senado Federal. Disponível: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em: 15/05/2019.

Outras propostas polêmicas que se encontram paradas, aguardando apreciação, tratam da alteração no tempo de internação dos adolescentes que cometem ato infracional e são submetidos a essa medida.

Dentre as várias propostas, citemos: a **PL 5454/13** da ex-Dep. Andreia Zito, que prevê o aumento no tempo de internação para até 8 anos em caso de reincidência no cometimento dos atos previstos no Art. 122 do ECA e liberação compulsória aos 21 anos, salvo se reincidente, **PL 6510/2016**, do Dep. Subtenente Gonzaga, que prevê o tempo de internação para até 8 anos no caso de ato infracional, análogos a crimes hediondos, estas, de iniciativa da Câmara dos Deputados. Disponível: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em: 15/05/2019.

De iniciativa do Senado Federal temos a **PLS 428/2018**, do Senador José Medeiros, que propõe a alteração no prazo de internação para até 15 anos em cometimento de ato infracional análogo a Crimes Hediondos, **PLS 2169/2019**, do Senador Flávio Bolsonaro, que aumenta o prazo de internação para até 7 anos no

cometimento de ato infracional e liberdade compulsória aos 25 anos. Disponível: [www25.senado.leg.br](http://www25.senado.leg.br). Acesso em: 15/07/2019.

## 2.1 MAIORIDADE PENAL

Ao tratar do assunto, redução da maioridade penal, este gera muita divergência tanto na sociedade, como na doutrina; uns defendem sua diminuição; outros são contrários sobre o preceito de violação à Constituição Federal de 1988.

O Código Penal de 1940 passou a prever em seu Art. 27 a maioridade penal aos 18 anos completos, trazendo como inimputáveis os menores de 18 anos ficando assim sujeitos a legislação especial. Para estabelecer este critério o Brasil adotou fator Biológico como parâmetro para definição da maioridade penal. (MASSON, 2019, p. 660)

### Código Penal de 1940

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 08/10/2019.

O mesmo foi adotado pela Constituição Federal, que ao ser promulgada em 05/10/1988 estabeleceu em seu Art. 228 que os menores de 18 anos serão penalmente inimputáveis sujeitos a legislação especial, assim recepcionando o previsto no Art. 27 do Código Penal de 1940.

### CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 08/10/2019.

Embora a Convenção sobre os Direitos da Criança não faça referência a figura do adolescente, a mesma tratou de estabelecer em seu Art. 1º, a idade para assim poder definir como criança todo aquele que possui idade inferior a 18 anos, tal convenção foi ratificada pelo Brasil no ano de 1990.

### CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Art. 1º Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à

criança, a maioria seja alcançada antes. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 08/10/2019.

O mesmo entendimento a respeito da maior idade também foi tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu Art. 104 confirmou o que já estava previsto no Art. 228 da CF/88, assim dispondo que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos a legislação especial. (LIBERATI, 2015, p. 123).

Embora esses instrumentos normativos estabeleçam a idade penal aos 18 anos, LENZA entendi que é perfeitamente possível a redução da idade penal de 18 para 16 anos por meio de Proposta de Emenda à Constituição “PEC”, para ele, não seria possível semente se a PEC viesse a abolir direitos e garantias individuais, muito embora parte da doutrina<sup>4</sup> entenda que a inimputabilidade penal aos 18 anos seja Cláusula Pétrea implícita, fazendo parte do Art. 60 §4º, IV da CF/88. (LENZA, 2014, p. 1357).

[...] para nós, é possível a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. Reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir”. (LENZA, 2014, p. 1357)

Para tanto, LENZA considera que a sociedade evoluiu, que hoje um adolescente tem plena convicção de seus atos, além de já poder exercer os direitos de cidadania, tais como ação popular e voto, assim, considera constitucional a diminuição da idade penal por meio de uma PEC, tendo como preceito a razoabilidade e maturidade do ser humano. (LENZA, 2014, p. 1357;1358)

MASSON por sua vez assevera que essa discussão sobre qual instrumento seria necessário para reduzir a idade penal de 18 para 16 anos, nos coloca em duas situações, visto que a inimputabilidade penal aos 18 anos está prevista no Art. 228 da CF/88, sendo elas: (MASSON, 2019, p. 661)

“1). A redução da maioria penal somente seria possível com o advento de uma nova Constituição Federal, fruto do Poder Constituinte Originário. A maioria penal constitui-

---

<sup>4</sup> René Ariel Dotti, Curso de direito penal: parte geral, p. 412-413, e José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, 4. ed., p. 862-863. LENZA (2014, p. 1357)

se em cláusula pétrea implícita, referente ao direito fundamental de todo menor de 18 anos de não ser processado, julgado e condenado pela Justiça comum.

2). É suficiente uma emenda constitucional, por não se tratar de cláusula pétrea, mas de norma constitucional inserida no capítulo inerente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. A propósito, já foram apresentadas diversas propostas de Emenda Constitucional nesse sentido, mas até agora nenhuma delas foi aprovada". (MASSON, 2019, p. 661)

Assim extrai-se que, sendo cláusula pétrea, tal alteração somente seria possível por meio de uma nova Constituição Federal, contudo em reconhecendo que não se trata de cláusula pétrea, a idade penal poderia ser alterada por meio de PEC.

Embora PEC 171/03 se demonstre inconstitucional por violar matéria Constitucional "vício material", não respeitando garantia individual nos termos do Art. 60 §4º, IV da CF/88, foi aprovada na Câmara dos Deputados e segue aguardando para ser apreciada pelo Senado Federal, onde também terá que passar por 2 votações, ou seja, a proposta de Emenda à Constituição ainda vai dar muito o que falar.

Para LIBERATI, o assunto redução da idade penal, embora seja muito debatido e inclusive tenha sido aprovação na Câmara dos Deputados, este entende que:

"Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, por ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial à medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária". (LIBERATI, 2015, p. 123).

Salienta que o tema gera muita polêmica em virtude de distorção da mídia, que o problema não está em reduzir a maioria penal, mas sim, que o principal problema é a falência do sistema socioeducativo no atendimento dos jovens infratores, onde são totalmente carentes em programas de atendimento a estes adolescentes, não conseguindo assim alcançar o resultado que se espera da medida socioeducativa imposta. (LIBERATI, 2015, p. 124).

Assim, antes de se cogitar em reduzir a idade penal, primeiro deve-se pôr em prática aquilo que a legislação prevê conforme preconizado no Art. 227 da CF/88, tratando a criança e adolescente com absoluta prioridade, garantindo-lhe acesso à saúde, alimentação, educação, profissionalização, cultura, lazer, trabalhando com uma política de prevenção ao ato infracional, e não de repressão com o estabelecimento de uma política carcerária que não resolve o problema da criminalidade, que muito pelo contrário, só aumenta ainda mais a superlotação dos presídios.

Atualmente o Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo com mais de 800 mil presos, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos, deste modo tal redução vai apenas agravar ainda mais a situação destes jovens que serão colocados em um sistema falido, que se apresenta ineficaz na ressocialização com altos índices de reincidência. (BARBIÉRI, 2019).

## 2.2 DO DIREITO COMPARADO

Para consolidar o entendimento de reduzir a maioria penal, como se preiteia no Brasil, não é o caminho, importante analisar como é tratada a maioria em outros países.

ALEMANHA; chegou a reduzir a maioria penal de 18 para 16 anos, contudo, visto que não houve diminuição da criminalidade, voltou atrás e hoje a maioria penal na Alemanha ocorre aos 18 anos, contudo, se o adolescente tiver idade entre 14 e 21 anos poderá responder o crime pelo sistema tradicional, ou juvenil, vai depender da sua capacidade de discernimento. (BELLINI, 2016).

CHILE; a maioria penal também ocorre aos 18 anos, e no caso de o adolescente possuir idade superior a 14 anos, poderá ser submetido as medidas socioeducativas. (BELLINI, 2016).

CUBA; adolescente só pode ser preso a partir dos 16 anos, porém se o adolescente possuir idade superior a 16 e menor que 18 anos sua pena poderá ser reduzida pela metade. (BELLINI, 2016).

AFRICA DO SUL; maioria penal está estabelecida aos 18 anos, para assim pode definir o que pode e o que não pode, tem como ponto negativo o fato de muitas crianças e adolescente não saberem a própria idade devido à ausência de documentos (BELLINI, 2016).

ESTADOS UNIDOS, tendo em vista que cada Estado possui a sua Constituição, por lá não existe uma idade mínima para que possa ser julgado pelo sistema jurídico tradicional, como método para aplicação de sanção é feito testes para se verificar se a criança possui ou não capacidade de discernimento do ato que praticou, exceção encontra-se na Carolina do Norte e Nova York que julga o adolescente como se já fosse adulto a partir dos 16 anos de idade, importante destacar que hoje nos Estados Unidos já existem movimentos para que seja adotada a maioria penal aos 18 anos. (BELLINI, 2016).

ÍNDIA, estabelece diferentes idades para imposição de sanção, no caso de o delincente ser menor de 7 anos, nada se faz, se tiver entre 7 e 12 anos, o juiz examinará se a criança já possui maturidade suficiente do ato que praticou antes de aplicar alguma sanção. Contudo, a maioria da INDIA também se encontra fixada aos 18 anos, mesma idade que a maioria dos países entende ser a idade correta para passagem da fase adolescente para fase adulta, assim puxando para si maior responsabilidade. (BELLINI, 2016).

Outro País que verificou que reduzir a maioria penal não é o caminho correto é a Espanha, onde no século passado também reduziu sua maioria penal de 18 para 16 anos, como não se verificou os resultados desejados quanto a diminuição da criminalidade, em 1995 voltou atrás e novamente fixou a idade penal aos 18 anos. (REDAÇÃO SUPER, 2016).

Conforme dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), após ser feito a análise da maioria penal em 54 Países, concluiu-se que 78% destes fixou a sua maioria penal em 18 anos ou mais. (CAMBRAIA, 2016).

## 2.2 AUMENTO NO TEMPO DE INTERNAÇÃO

Dentre os projetos que tratam da alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente em virtude de decorrência de ato infracional Análogo a Crimes Hediondos, além da PEC 171/03 que busca reduzir a maioria penal, existem vários outros projetos que versam sobre o aumento no tempo de internação, a maioria dos projetos de leis estabelecem como novo parâmetro o tempo máximo de internação na casa dos 8 anos, contudo tem projeto que busca aumentar para até 15 anos o tempo máximo de internação. Hoje está é fixada no prazo máximo de 3 anos, tornando assim mais dura a aplicação dessa medida aos

adolescentes, embora não estejam arquivadas, por uma questão de morosidade tais propostas ainda não foram apreciadas.

Atualmente para que a medida de internação possa ser aplicada ao adolescente infrator, o Juízo da Infância e Juventude deve analisar se estão presentes os requisitos do Art. 122 do ECA, somente após verificado que o ato infracional se encaixa nas hipóteses do Artigo, a medida poderá ser aplicada, ressalva ainda que ao adolescente lhe é garantido a assistência jurídica, contraditório e ampla defesa.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - Tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14/10/2019.

Portanto, a medida de internação só é aplicada quando o ato infracional tiver sido praticado com violência ou ameaça à pessoa; praticado, reiteradas vezes; ou em descumprimento de medida anteriormente imposta, a este último caso a internação é conhecida como internação sanção e terá prazo máximo de 3(três) meses.

Embora presente os requisitos do Art. 122, incisos do ECA, deve ser observado o disposto no mesmo Art. 122, §2º, onde trata que a internação, só será aplicada em último caso, nesta situação sendo possível aplicação de outra medida como advertência, prestação de serviço, liberdade assistida, semiliberdade, deverá ser feita a opção por uma delas. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14/10/2019.

Pelas propostas que aguardam apreciação, a aplicação da medida de internação passará a ser mais rígida, onde além de aumentar o tempo máximo de internação que hoje é de até 3(três) anos, autorizará a aplicação da medida de internação em caso de cometimento de ato infracional análogo a crimes hediondos, estes previstos na Lei 8072/90, deste modo aumentando o leque de hipóteses para aplicação da internação.

Como exemplo desse aumento no rol de possibilidades citemos o ato infracional de tráfico de drogas análogo a crime hediondo, em virtude de não ser cometido com violência ou grave ameaça, não enseja motivo suficiente para



aplicação da internação, entendimento este sumulado pelo STJ. (ROSSATO, 2018, p. 386)

STJ - Súmula 492 - O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Disponível: <https://scon.stj.jus.br>. Acesso em 14/10/2019.

Contudo, apesar de que em primeiro momento, tais propostas se mostram pertinentes, sob o argumento de que a sociedade evoluiu que a criminalidade está aumentando a cada dia, que a adolescência de hoje não é mais a mesma de 1990 quando o ECA foi criado; deve ser observado que a medida de internação, na qual o adolescente está sujeito a privação de sua liberdade, sujeita-se aos princípios do respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; excepcionalidade e brevidade, conforme previsto no CAPUT do Art. 121 do ECA. (LIBERATI, 2015, p.147).

Além de sua previsão expressa no ECA, tais princípios norteadores da medida de internação são encontrados em nossa Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu Art. 227, §3º, V.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - Obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14/10/2019.

Pelo Princípio do Respeito ao adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o Estado deve tomar todas as medidas de contenção e segurança para garantir a integridade física e mental dos internos. Logo, em respeito a este princípio, fica vedado submeter o adolescente a prática de abusos, vexames ou constrangimentos. (LIBERATI, 2015, p.148).

Já pelo princípio da Excepcionalidade, conforme LIBERATI, (2015, p.148), dispõe que a medida de internação seria a última medida a ser imposta, ou seja,

uma exceção, tendo em vista que irá privar o adolescente de sua liberdade e convívio familiar. Fazendo um paralelo com Direito Penal seria o que conhecemos como *Última Ratio*, assim, em sendo possível a aplicação de qualquer outra medida prevista no Art. 112 do ECA, o juiz deve aplicá-la.

O Princípio da Brevidade, por sua vez dispõe que a medida de internação deve possuir um tempo determinado para sua duração, sendo no mínimo 6(seis) meses e no máximo 3(três) anos conforme disposto no art. 122 §2º do ECA. (LIBERATI,2015, p.147).

Assim, o adolescente ao ser colocado em uma unidade de internação, obrigatoriamente será reavaliado a cada 6(seis) meses, sendo o entendimento pela manutenção da internação, esta poderá ser mantida pelo prazo máximo de até 3(três) anos.

O fato de a internação ter prazo máximo de 3(três) anos tem gerado muita discussão e devido a isso a criação das propostas para assim estender seu prazo, contudo, há de levar em consideração a finalidade da medida socioeducativa de internação, para LIBERATI (2015, p. 148;149) a medida deve possuir uma finalidade educativa e curativa, sendo um meio para tratar o adolescente.

Desse modo, uma vez que se busca aumentar o tempo de internação com a justificativa de que cada vez mais cedo, os jovens estão entrando na vida criminosa em virtude da sensação de impunidade, ou como forma de dar resposta a sociedade, acaba por desvirtuar a verdadeira finalidade da medida que é educativa, atribuindo a mesma uma finalidade retributiva.

Como finalidade retributiva MASSON nos diz que:

“[...]. Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal. A pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castiga-lo [...]”. MASSON, 2014, p.583

Embora para alguns, 3(três) anos de internação pareça pouco, importante lembrar que se tratando de medida socioeducativa, a mesma não comporta a progressão de regime nos mesmos moldes que se aplica na execução penal, com progressão ao ter cumprimento de 1/6, 2/5 ou 3/5.

O tempo de internação fica a cargo do Juízo da infância e juventude, que após cada reavaliação poderá optar pela a manutenção da medida ou não, tendo

como limite apenas que a mesma não ultrapasse o prazo de 3(três) anos; vencido esse prazo, caso haja motivos para que se mantenha a aplicação de medida socioeducativa, o Juiz poderá assim aplicar outra medida, tais como liberdade assistida ou semiliberdade conforme preceitua o Art. 121, §4º do ECA.

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14/10/2019.

Se compararmos a medida de internação, com a medida de Reclusão, em se tratando de réu primário em crime comum, o reeducando irá progredir do regime fechado para o semiaberto, com o cumprimento de 1/6 da pena; deste modo, a medida de internação pode em alguns casos se demonstrarem até mais dura do que a aplicada a maiores de 18 anos como previsto no Código Penal.

Assim se analisarmos a evolução do direito acerca da proteção das garantias e direitos da criança e do adolescente, aumentar o tempo da medida de internação seria um retrocesso perante tudo que se foi conquistado, uma forma de adiar ainda mais a efetivação de tudo que dispõe o ECA e que não é cumprido até os dias de hoje por nossos governantes.

### 3. A INEFICÁCIA NA ATUAL APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO

Conforme LIBERATI, para que a medida socioeducativa seja eficaz, a mesma deve ser “um meio para conduzir o adolescente ao convívio da sociedade, nunca um fim em si mesma” (LIBERATI, 2015, p. 149).

Preferencialmente, a internação deve ser cumprida em estabelecimento de pequeno porte, com pessoas altamente qualificadas na área de pedagogia, psicologia e criminologia para que possa fornecer suporte suficiente ao adolescente infrator. (LIBERATI, 2015, p. 149).

A responsabilidade pelas entidades de atendimento que prestaram esse serviço aos adolescentes é do executivo estadual, e durante o período de internação em que os adolescentes forem submetidos, deverão garantir seus direitos fundamentais conforme previsto no Art. 124 do ECA. (ROSSATO, 2018, p.389).

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público; II - peticionar diretamente a qualquer autoridade; III - avistar-se reservadamente com seu defensor; IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada; V - ser tratado com respeito e dignidade; VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável; VII - receber visitas, ao menos, semanalmente; VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos; IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal; X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade; XI - receber escolarização e profissionalização; XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer; XIII - ter acesso aos meios de comunicação social; XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje; XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade; XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade. [...]. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14/10/2019.

Contudo, na prática, tais direitos e garantias não estão sendo seguidos em sua totalidade, isso faz com que seja prejudicado o trabalho de ressocialização e reinserção do adolescente em sua família e na comunidade.

Conforme Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2018, mesmo com a criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo "Sinase", no ano de 2012 pela Lei 12.594, onde prevê como será executada as medidas socioeducativas em todo País, e preconiza a convivência familiar e comunitária, a realidade encontrada em todo país é preocupante. (MNPCT, 2018, p. 78; 79).

No Estado de Roraima foi identificado que não possui plano Estadual de atendimento, e pior, possui somente uma unidade de atendimento para todo Estado onde recebe adolescentes de ambos os sexos. (MNPCT, 2018, p. 79).

O Estado do Rio Grande do Norte, que se encontrava sob intervenção judicial desde 2014, em seu plano estadual, revelou que a medida de internação era muito

mais aplicada do que as medidas em meio aberto, o que contraria o princípio da excepcionalidade previsto no Art. 122 §2º do ECA. (MNPCT, 2018, p. 79).

O Estado do Tocantins em seu plano estadual apresentou diagnóstico da sua situação atual, além de objetivos e metas que sendo efetivadas trará um grande avanço na socioeducação do Estado; dentre as metas, a criação de novas vagas ou de novas unidades para execução da medida de internação, e fortalecimento das medidas socioeducativas em meio aberto. (MNPCT, 2018, p.80).

Outro problema detectado pelo MNPCT foi em relação ao regimento interno, conforme Sinase Art. 11, III, é obrigatório que as unidades de atendimento socioeducativo tenham regimento interno estabelecendo normas claras, que regulam a rotina e orientem a prática pedagógica como forma de se evitar abusos, tal obrigatoriedade se justifica com intuito de evitar práticas meramente sancionatórias. (MNPCT, 2018, p. 81).

O MNPCT em sua inspeção a algumas unidades em 2017 constatou graves violações aos direitos básicos dos adolescentes pelo motivo de praticamente inexistir regimento interno nessas unidades. (MNPCT, 2018, p. 81).

“Jovens em medida de internação são impedidos de modo sistemático a manifestar a natureza orgânica peculiar a sua idade, permanecendo confinados, sem movimentação corporal, prática de esportes, ou mesmo sem acesso a atividades de lazer, tais como: arte, cultura, música dança, etc.” (MNPCT, 2018, p. 81).

Outra preocupação detectada pelo MNPCT durante suas inspeções foi a constatação que uma única Secretaria Estadual era responsável por administrar tanto o sistema socioeducativo quanto o sistema prisional, o que pode gerar o risco no atendimento às medidas socioeducativas, visto que cada sistema possui bases jurídicas completamente distintas. (MNPCT, 2018, p.85).

Embora não esteja no relatório cumpre destaca que na mesma situação encontrava-se o Estado de Rondônia, onde o sistema socioeducativo era gerido pela Secretaria de Estado e Justiça (SEJUS), a mesma também é responsável pelo sistema prisional, apenas ao final do ano de 2017 com a criação da Fundação Estadual de Atendimento Socioeducativo (FEASE) houve a desvinculação do sistema socioeducativo da SEJUS.

Outro ponto que dificulta a eficácia da medida de internação é a ausência de Plano Político Pedagógico, o MNPCT em visita à unidade de Mato Grosso constatou que:

“[...] o parâmetro do atendimento é dado pelos agentes socioeducadores, sendo que a única diretriz existente está voltada apenas para o confinamento, ausência de atividades e pela disciplina rígida e injustificável. [...], na prática, a gestão estava nas mãos dos agentes e o atendimento era dado conforme o entendimento deles. Isto é, para qualquer atividade proposta, se o agente avaliasse que não havia segurança, a atividade não acontecia. Esse quadro gerava, em alguns momentos, conflitos entre equipe técnica e agentes, chegando ao ponto de os agentes se recusarem a conduzir os adolescentes para as atividades com os profissionais”. (MNPCT, 2018, p.86).

Figura 2 - Adolescentes com algema nos pulsos, virados para parede. Agentes com tonfa.



Disponível em [www.mdh.gov.br](http://www.mdh.gov.br). Acesso em 16/10/2019.

O uso excessivo de algemas também foi identificado pelo MNPCT, durante as inspeções as unidades socioeducativas; no mês de setembro de 2017, pela primeira vez foi verificado o uso de algemas de tornozelo em unidade do Estado do Mato Grosso, ainda no mesmo ano, no mês de novembro, também foi identificado o uso do mesmo tipo de algemas no Estado do Tocantins, o que contraria o Sinase e Súmula Vinculante 11 do STF, no qual dispõe que o uso de algemas deve ser de forma excepcional fundada em receio de fuga ou de perigo à integridade física própria, ou alheia, ou seja, deve ser utilizada apenas se houver necessidade e de forma fundamentada. (MNPCT, 2018, p. 94).

Embora a prática de isolamento e confinamento aplicados como sanção ao adolescente seja proibida, conforme Art. 48 §2º e Regras de Havana, foi verificado

que todos os 4(quatro) Estados inspecionados “Rio Grande do Norte, Roraima, Mato Grosso, Tocantins”, faziam a aplicação do isolamento e confinamento como forma de sanção em virtude do cometimento de falta grave por parte do adolescente, em alguns casos a sanção poderia durar por um período de até 30 dias. (MNPCT, 2018, p.99;100).

Por fim, outro aspecto que prejudica a eficácia da medida de internação, trata-se da infraestrutura das unidades de atendimento, esse problema é encontrado na maioria das unidades socioeducativas no Brasil.

A Resolução nº119/06 do Conanda, e Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) estabelece os parâmetros legais para a infraestrutura das unidades onde a mesma deve respeitar o caráter pedagógico e educativo, sendo projetada para o desenvolvimento do adolescente, contudo foi constatado pelo MNPCT falha em todas as unidades, tais como ambiente insalubre, ralo dos banheiros entupidos, ausência de extintores de incêndio e ausência de monitoramento. Estrutura semelhante à unidade prisional, ventilação ineficaz, mau cheiro, corredores escuros e degradados, entre outros problemas, o que contraria a legislação e dificulta a ressocialização. (MNPCT, 2018, p. 104-108).

### 3.1 APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NO MUNICÍPIO DE JI-PARANÁ/RO.

A pesquisa de campo foi realizada nas dependências do Centro de Atendimento Socioeducativo de Ji-Paraná, este denominado “CASE”, localizado na Avenida Transcontinental, Nº 5862, Bairro Santiago, Br. 364, Km 348.

Importante ressaltar que os documentos para elaboração da pesquisa “ fichas, prontuários”, não são de livre acesso, sendo permitido o seu manuseio somente por pessoas autorizadas uma vez que trazem informações dos adolescentes e seus familiares, assim, a publicidade deste não é autorizada em razão do sigilo para evitar danos aos adolescentes.

Os dados que serão apresentados referem-se ao período de janeiro de 2017 a outubro de 2019, onde será trazido informações da instituição CASE, da quantidade de adolescentes que cumpriram e cumprem medida de internação, atividades pedagógicas ofertadas, infraestrutura, quadro de servidores, cursos profissionalizantes e culturais fornecidos durante esse período.

### **3.1.1 DA INSTITUIÇÃO CASE**

Inaugurado em julho de 2016, a nova unidade socioeducativa de Ji-Paraná veio para substituir a antiga unidade, assim atendendo a uma proposta de regionalização por parte do governo, após sua inauguração outras unidades menores foram desativadas sendo elas: o Centro Socioeducativo de Jaru, Centro Socioeducativo de Alvorada do Oeste, Centro Socioeducativo de Nova Brasilândia, Centro Socioeducativo de Alta Floresta, Centro Socioeducativo de Pimenta Bueno, Unidade Socioeducativa de Colorado, Centro Socioeducativo de Cerejeiras.

Atualmente, o CASE Ji-Paraná possui capacidade máxima de 52 alojamentos individuais, por ser uma regional recebe adolescentes de vários municípios do Estado dentre eles: Nova Londrina, Alvorada D' Oeste, São Miguel do Guaporé, Seringueiras, São Francisco do Guaporé, Costa Marques, Nova Brasilândia, Presidente Médici, Ouro Preto do Oeste, Teixeiraópolis, Urupá, Mirante da Serra, Nova União, Theobroma, Jaru entre outros municípios do Estado. Suas vagas são disponibilizadas apenas para adolescente do sexo Masculino e recebe tanto adolescentes com internação provisória como sentenciados.

Seu horário de funcionamento compreende 24 horas, onde 5(cinco) equipes de plantão fazem revezamento laborando em escala de plantão de 24x96, 2(duas) equipes em escala de plantão 11x36. Já o horário de expediente administrativo, compreende das 07 às 19hs horas.

### **3.1.1 QUADRO DE FUNCIONÁRIOS**

O quadro de funcionários do CASE Ji-Paraná é composto por 80 servidores, distribuídos da seguinte forma:

- 04 - Servidores exercendo função de Direção
- 07 - Servidores em horário de expediente
- 03 - Psicólogos
- 01 - Enfermeiro
- 03 - Tec. Enfermagem
- 02 - Assistente Social
- 01 - Dentista
- 62 - Servidores divididos entre plantão A, B, C, D, E, F e G



01 Médico, o qual realiza atendimento a cada 15(quinze) dias aos adolescentes. Contudo, este não é servidor lotado do CASE de Ji-Paraná.

### 3.2 DA INFRAESTRUTURA E APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO

Orçado em R\$ 7.940.574,56, (sete milhões, novecentos e quarenta mil, quinhentos e setenta e quatro reais e cinquenta e seis centavos) o Centro de Atendimento Socioeducativa (CASE) de Ji-Paraná conta com 04 pavilhões, computando um total de 52 alojamentos para o recebimento de adolescentes em conflito com a lei, possui 03 salas de aula, 01 sala de Informática, setor administrativo, quadra poliesportiva coberta, piscina e campo de futebol. (SÉRGIO, 2015)

O Sinase em seu Art. 35, VI, dispõe que na aplicação da medida de internação deve ser cumprida em alojamento individual, considerado a idade, capacidade e circunstâncias do adolescente, do mesmo modo, o Art. 123 do ECA dispõe que na internação será obedecida a separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20/10/2019.

Embora haja previsão de como deve ser a aplicação da medida de internação, durante a pesquisa de campo foi observado que a aplicação da medida é feita de forma individualizada, ou seja, cada alojamento recebe apenas 01 adolescente, contudo a separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração ainda não foi efetivada, entre os motivos foi citado o fato de os adolescentes possuírem rixas oriundas de quando estavam em liberdade, como também adolescentes que já se intitulam fazerem parte de facção criminosa, o que acaba por dificultar tal separação.

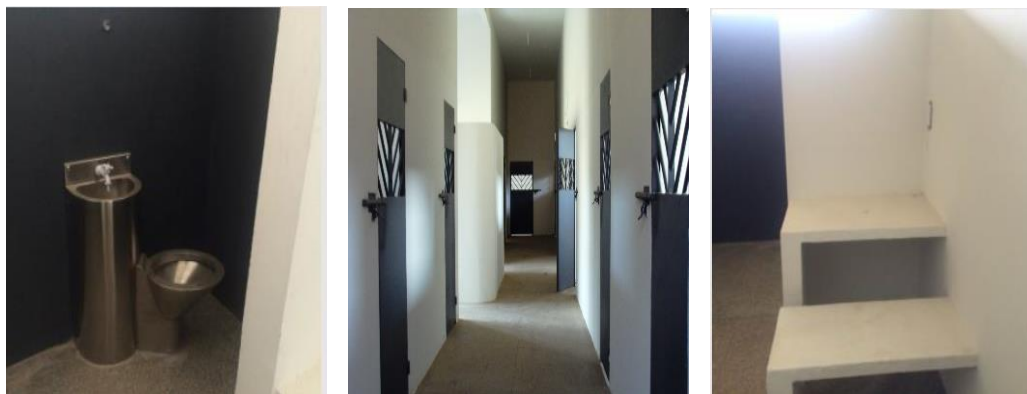
Dispõe o ECA em seu Art. 24; X, que dentre os direitos do adolescente, o mesmo quando cumprindo medida de internação, deve habitar em alojamento com boas condições de higiene e salubridade. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20/10/2019.

Embora o CASE de Ji-Paraná seja uma unidade inaugurada a pouco tempo já vem apresentando problemas quanto a sua estrutura física, como alojamentos com ralos entupidos, fios expostos e má condição de higiene, corredores escuros devido a fogo colocado em colchões, infiltrações, estrutura em alguns aspectos similares a de presídios, como também água servida aos adolescentes em garrafas *pets*.

Situação diferente de quando inaugurado em 2016, onde a unidade contava com corredores limpos e bem iluminados, pintura nova, bancos para alimentação e

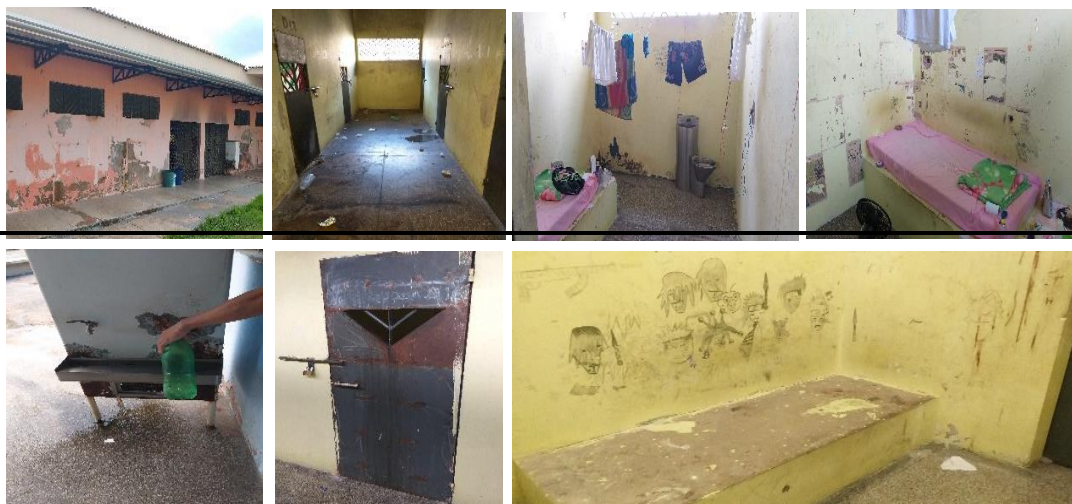
estudo; divisórias no banheiro para preservar sua privacidade conforme pode ser constatado em imagens de arquivos do CASE de Ji-Paraná.

Figura 3 - Instalações do CASE de Ji-Paraná em 2016



(Créditos Arquivos Fotográficos do CASE de Ji-Paraná/RO)

Figura 4 - Instalações do CASE de Ji-Paraná em 2019



(Créditos Arquivos Fotográficos do CASE de Ji-Paraná/RO)

Um dos motivos pelo qual torna-se difícil a manutenção e conservação da unidade conforme apurado, trata-se da questão financeira, uma vez que a unidade não dispõe de recursos mensais próprios, sendo necessária a sua solicitação junto Fundação Estadual de Atendimento Socioeducativo (FEASE) em Porto Velho/RO, para todo tipo de gasto, estes em alguns casos sendo indeferidos.

O Art. 124, XI; XII do ECA estabelece que é direito do adolescente privado de sua liberdade em virtude da aplicação da medida socioeducativa de internação, receber escolarização e profissionalização, bem como realizar atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/10/2019.

Atualmente o CASE de Ji-Paraná, em parceria com a SEDUC oferece aulas do ensino fundamental ao médio pelo método (CEEJA) Centro Educação de Jovens e Adultos, onde conta com 30 adolescentes matriculados, recebendo aula de segunda a quinta-feira, nos períodos da manhã e da tarde, estes são divididos em 03 salas, que embora possua pouca ventilação ainda não conta com sistema de ar condicionado, prejudicando a qualidade do ensino, tanto dos adolescentes quanto dos professores, em virtude do calor.

A unidade também conta com 01(uma) sala de informática, onde era ministrado voluntariamente por um servidor deste CASE de Ji-Paraná o curso de informática aos adolescentes que nela se encontravam internados, contudo no presente momento a sala de informática encontra-se desativada por falta de um profissional para ministrar os cursos.

Figura 5 - Salas de Aula do CASE de Ji-Paraná em 2019



(Créditos Arquivos Fotográficos do CASE de Ji-Paraná/RO)

No tocante aos Cursos de Profissionalização, onde de maneira expressa nos arts. 76 a 80 do Sinase prevê que será realizado pelo SENAI, SENAC, SENAR, SENAT (LIBERATI, 2012, p.139), em "outubro de 2019" mês da pesquisa, o CASE Ji-Paraná não estava ofertando nenhum curso profissionalizante aos adolescentes que cumprem medida. Levantamento feito durante os anos de 2017 a 2019 foi apurado que no ano de 2017 não houve a realização de nenhum curso profissionalizante.

No ano de 2018, em parceria com SENAI, foi realizado Curso de Confeitaria, com duração de 03 meses, contando com a matrícula de 06 adolescentes, também foi ofertado no mesmo ano, logo após o termino do curso de Confeitaria, o Curso de Pedreiro em Revestimento, com duração de 03 meses e 10 adolescentes matriculados.

Já no ano de 2019 apenas 01 curso foi ofertado, sendo o de Eletricista Instalador Residencial, onde contou com 12 adolescentes matriculados e teve duração de 03 meses, 160 horas, no valor de R\$ 102.400,00 (cento e dois mil e quatrocentos reais). (SOUSA, 2019)

Figura 6 – Adolescentes participando de Curso Profissionalizante no CASE de Ji-Paraná em 2019



Disponível em: [www.rondonia.ro.gov.br](http://www.rondonia.ro.gov.br) 22/05/2019 / [www.tudorondonia.com](http://www.tudorondonia.com) 07/11/2018 Acesso em 20/10/2019

Para o desenvolvimento das atividades de cultura, esporte e lazer, o CASE de Ji-Paraná conta com uma sala de jogos onde possui mesa de pebolim, e tênis de mesa, também conta com uma quadra poliesportiva coberta para realização de atividades, campo de futebol que atualmente não está em condições de uso por falta de manutenção e uma piscina semiolímpica, pouco utilizada por recomendação do Ministério Público, devido à falta de um profissional “guarda-vidas” para acompanhamento dos adolescentes durante sua utilização.

Figura 7 – Estrutura para Prática Esportiva e de lazer do CASE de Ji-Paraná em 2019



Dentre as atividades culturais, no presente momento, outubro de 2019 está sendo proporcionado aos adolescentes o curso de massoterapia, onde a Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso (ACUDA) de Porto Velho, se desloca uma vez ao mês ao município de Ji-Paraná para a realização da atividade cultural com os adolescentes.

Também foi praticado atividade cultural de Grafite e Yoga durante o ano de 2018 com os adolescentes, mas, tais projetos não estão mais em execução.

Outra forma utilizada para trabalhar com os adolescentes, afim de evitar que os mesmos passem muito tempo fechado dentro de seus alojamentos, é a Terapia Ocupacional, tal atividade é desenvolvida por servidores voluntários onde vários adolescentes saem de seus alojamentos para realizarem trabalho na plantação, cultivo e manutenção de uma horta, auxiliam na manutenção de um galinheiro, e também auxiliam na limpeza da unidade.

Figura 8 - Terapia Ocupacional do CASE de Ji-Paraná em 2019



(Créditos Arquivos Fotográficos do CASE de Ji-Paraná/RO)

No tocante à visitação de familiares, algo essencial no processo de ressocialização para preparar o adolescente para o retorno à sociedade e ao seu convívio familiar, conforme previsto no Art. 127, VII do ECA, dispõe que o adolescente tem direito a receber visitas ao menos semanalmente. Disponível: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/10/2019.

O CASE disponibiliza apenas o dia de sexta-feira para visitação de familiares, onde o adolescente tem direito a receber seu familiar durante o período da manhã ou durante o período da tarde, não sendo permitido receber visita nos dois horários, desse modo, cumprindo apenas com o mínimo legal previsto na legislação, não é permitida a revista vexatória aos familiares, estes são submetidos aos detectores de metal e todos os objetos trazidos são passados pelos raios-X, ao término da visita

o adolescente interno é submetido a revista minuciosa ao ser conduzido novamente ao seu alojamento.

Embora o uso de algemas seja permitido apenas em casos de resistência ou fundado receio de fuga ou perigo à integridade física por parte do preso ou de terceiros conforme a Súmula Vinculante 11 do STF, este entendimento aplicado por analogia aos adolescentes, visto que o ECA não faz menção ao seu uso, quanto aos adolescentes que se encontram cumprindo medida de internação no CASE ao serem conduzidos em escolta externa são submetidos ao uso de algema, esta prática é considerada comum a toda atividade extramuros. Disponível: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 20/10/2019

Figura 9- Material de Contenção do CASE de Ji-Paraná em 2019



(Créditos Arquivos Fotográficos do CASE de Ji-Paraná/RO)

Cumprir destacar que embora a medida de semiliberdade seja vista como uma medida mais eficaz que a internação na ressocialização, além de servir como forma para progressão da medida de internação do adolescente como mencionado no Art. 121, §4ª do ECA, o município de Ji-Paraná ainda não possui local para aplicação dessa medida, sendo esta disponibilizada apenas na Capital do Estado, Porto Velho/RO. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/10/2019.

### 3.3 ANÁLISE QUANTITATIVA DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO NOS ANOS DE 2017 A 2019 NO CASE JI-PARANÁ

A pesquisa teve por base, dados extraídos referentes aos adolescentes que cumpriram e cumprem internação no Centro de Atendimento a Medida Socioeducativa de Ji-Paraná CASE, as informações coletadas correspondem ao período alusivo dos anos de 2017 com 64 internações, 2018 com 71 internações e 2019 com 73 internações, gerando um total referente a todo período analisado de 208 internações.

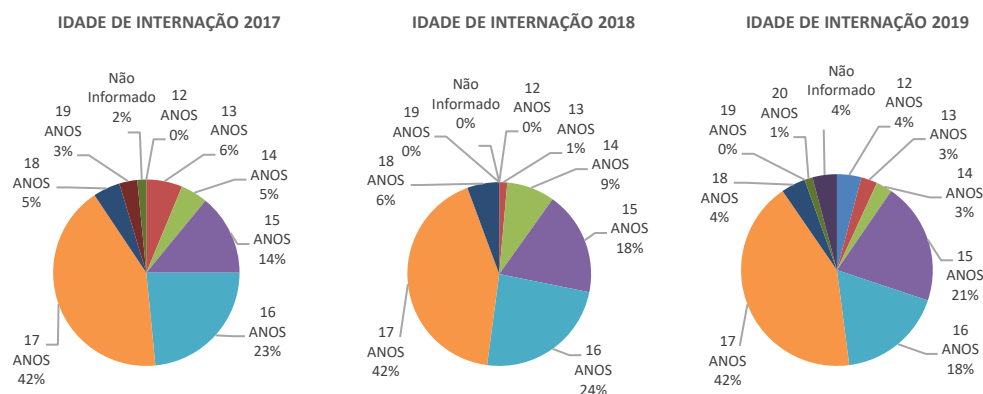
Dos 73 adolescentes internados no ano de 2019, 33 adolescentes ainda se encontram cumprindo medida no CASE de Ji-Paraná.

Entre os dados coletados para levantamento da aplicação da medida de internação, buscaram-se informações como quantidade de adolescentes que cumpriram e cumprem medida de internação no CASE Ji-Paraná, Idade, ato infracional praticado, Cor da Pele, tempo médio de internação, escolaridade, reincidência e envolvimento com drogas ilícitas.

### 3.3.1 DA IDADE

D'AGOSTINI em sua obra, cita que conforme estudos brasileiros, a maioria dos atos infracionais praticados por adolescentes ocorrem durante a puberdade, resultante de uma soma de fatores como rebeldia, indisciplina por estarem em uma fase de desenvolvimento, violência doméstica, entre outros. D'AGOSTINI (2011, p. 87).

Gráfico 1 – Idade



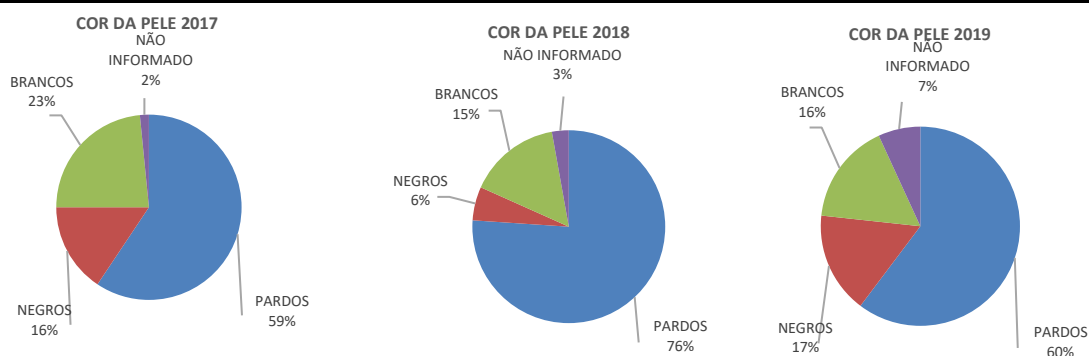
Fonte: Pesquisa de Campo/Outubro 2019

Conforme demonstrativo nos gráficos, a idade que apresenta maior incidência no cometimento de ato infracional em todos os anos analisados foi a idade de 17 anos, em relação a alguns adolescentes que aparecem na pesquisa com idade de 19 a 20 anos, são casos em que o ato infracional foi cometido ainda durante o período em que o adolescente possuía menoridade penal, assim, sendo submetido a aplicação do ECA conforme dispõe o Art. 104, Parágrafo Único do ECA. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/10/2019.

### 3.1.2 DA COR DA PELE

No tocante a cor da pele, a maioria dos adolescentes que cumpriram internação no município de Ji-Paraná, se declararam ser da cor de pele parda, sendo que em 2017 teve um total de 59%, 2018 um total de 76% e 2019 um total de 60% das internações, assim acaba por contrariar a visão de que a maioria dos adolescentes que se envolvem na prática de ato infracional são da cor negra, como apurado, em 2017 e 2018 está abaixo dos atos infracionais cometidos por adolescentes de cor de pele Branca e 2019 encontra-se quase que empatados em percentuais.

Gráfico 2 – Cor da Pele



Fonte: Pesquisa de Campo/Outubro 2019

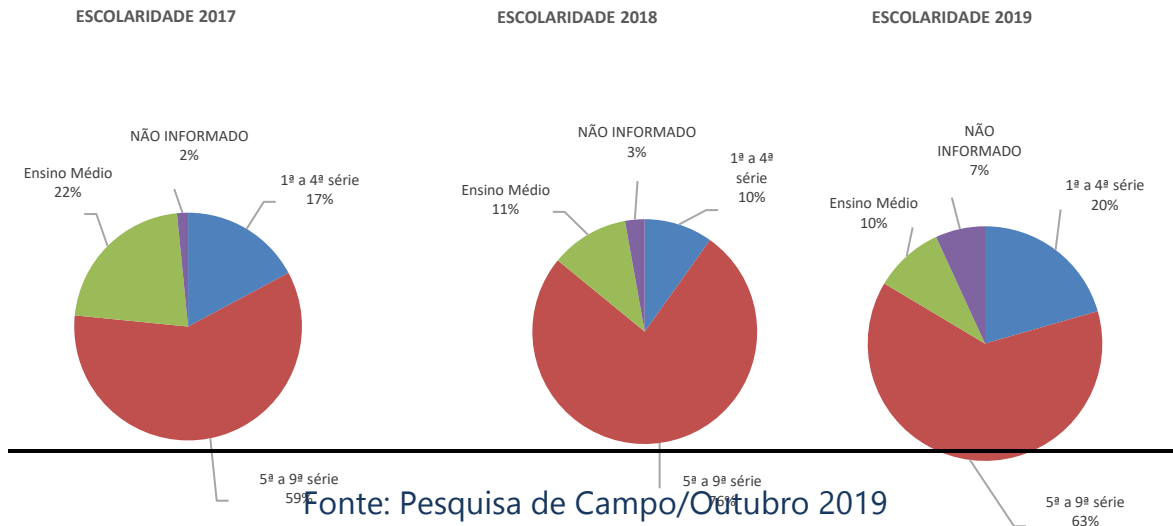
### 3.1.3 DA ESCOLARIDADE

O Art. 123, Parágrafo Único do ECA dispõe que durante o período em que o adolescente estiver cumprindo medida de internação, a ele será obrigatória a prática de atividades pedagógicas, assevera VOLPI (2011, p.34) de que a escola deve ser garantida a todos aqueles que se encontram em situação de privação de liberdade; aos adolescentes a escolarização deve ajudá-los a se localizarem no mundo, auxiliando seu retorno à permanência ou continuidade no ensino regular quando for cessada a privação de sua liberdade.

Atualmente o CASE de Ji-Paraná conta com 33 adolescentes cumprindo medida de internação, desses, 30 encontram-se devidamente matriculados e recebem aula nos períodos da manhã e da tarde pelo método de ensino modular em parceria com o CEEJA.



Gráfico 3 – Da Escolaridade



Embora o maior número de internação de adolescentes ocorra na faixa etária de 17 anos de idade, pode se verificar pelos gráficos que o grau de ensino que encontra maiores índices é de 5ª a 9ª série, ou seja, a grande maioria dos adolescentes que são submetidos à medida de internação, devido cometimento de ato infracional, não possui o ensino fundamental completo. Isso contribui para firmar a tese de que o ensino é o caminho para diminuição da criminalidade e não a repressão.

### 3.1.4 DO ATO INFRACIONAL

Medida de internação, trata-se de uma medida sujeita ao princípio da excepcionalidade conforme Art. 121 do ECA, assim não pode ser aplicada para todos os tipos de ato infracional praticado, para que se possa fazer a aplicação da medida de internação faz-se necessário respeitar o Art.122 do ECA, no qual traz um rol taxativo para a aplicação da medida. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/10/2019.

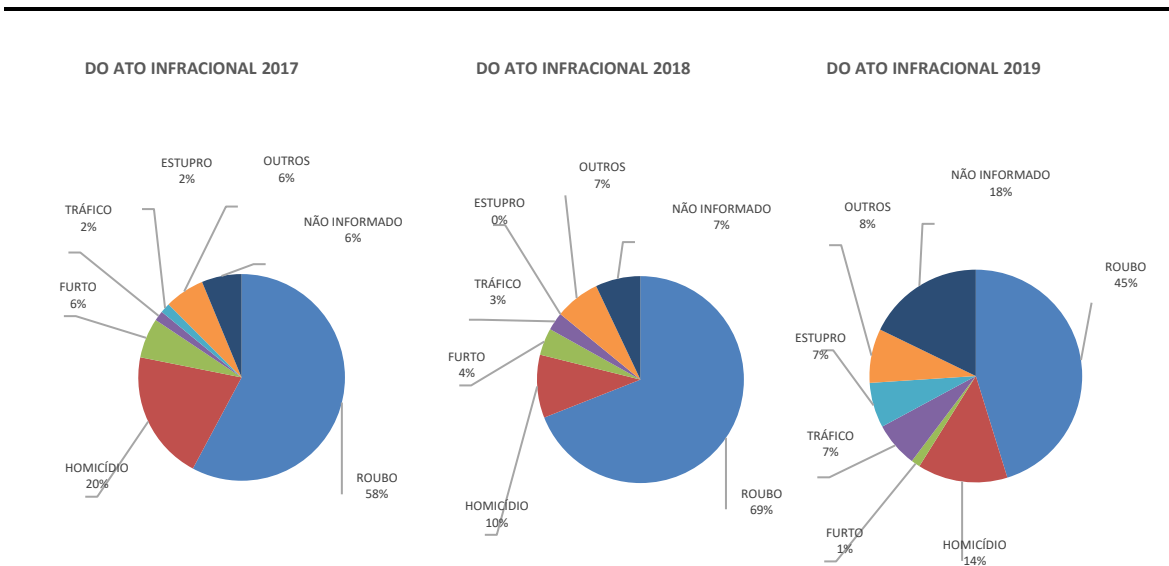
Sendo assim o ato infracional que autoriza a aplicação da medida de internação deve ser cometido com grave ameaça ou violência a pessoa, ser praticado reiteradas vezes ou ter descumprido uma medida anteriormente imposta.

Dentre os casos de internação no CASE de Ji-Paraná o ato infracional análogo ao crime de roubo previsto no Art. 157 do CP/40 é o principal motivo para internação, visto que o mesmo é praticado com violência ou grave ameaça, preenchendo assim, o requisito do Art. 122 do ECA, nos casos dos atos infracionais

análogos aos crimes de furto Art.155 do CP/40 e Tráfico Art. 33 da lei 11.343/06 o que justifica a internação.

É o motivo do ato infracional já ter sido praticado outras vezes, configurando assim, caso de reincidência no cometimento do mesmo.

Gráfico 4 – Do Ato Infracional



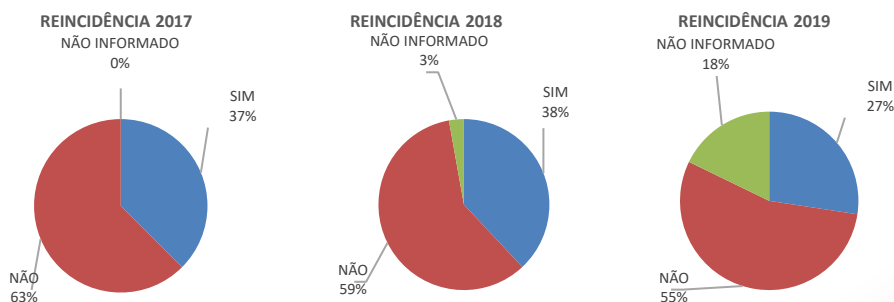
Fonte: Pesquisa de Campo/Outubro 2019

### 3.1.5 DA REINCIDÊNCIA

A reincidência na medida socioeducativa de internação é algo preocupante, visto que demonstra de forma clara quão ineficaz é tal medida.

Conforme D'AGOSTINI (2011, p. 112) os casos de reincidência por parte dos adolescentes ocorrem em virtude de seus direitos primários, sociais, de dignidade humana terem sido violados ou continuam sendo violados, tanto na sociedade como em cumprimento de internação nos centros de atendimento a essa medida.

Gráfico 5 – Da Reincidência



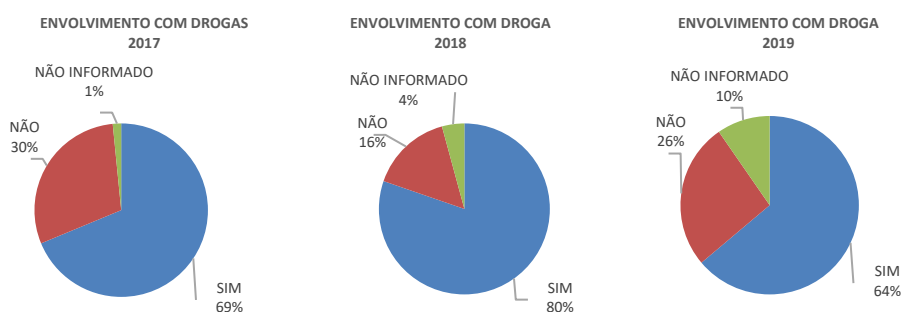
Fonte: Pesquisa de Campo/Octubro 2019

Tendo em vista que os casos de reincidência acima demonstrados através de gráficos, tratam apenas da reincidência na medida de internação e não no cometimento de ato infracional, pode extrair que a medida, embora seja a mais severa de todas as previstas pelo ECA em seu Art. 112, não demonstra a eficácia desejada, visto o alto índice de reincidência na aplicação dessa medida.

### 3.1.6 DO ENVOLVIMENTO COM DROGAS

O envolvimento com drogas é um dos fatores que mais colaboram para que o adolescente venha a praticar um ato infracional, seus contatos, em muitos casos têm relação em virtude de já haver um histórico de uso de drogas na própria família do adolescente, ou acaba ocorrendo em virtude do seu ciclo de amizade.

Gráfico 5 – Envolvimento com Drogas



Fonte: Pesquisa de Campo/Octubro 2019

Conforme dados coletados; um grande percentual de adolescentes já fez ou ainda faz uso de drogas. Dentre os vários tipos de drogas ilícitas, a mais comum utilizada pelos adolescentes conforme verificado em prontuários, foi o uso de maconha, conforme apurado, os resultados não são animadores e pouco é feito para mudar essa realidade, em parte pela própria omissão do Estado por não atuar de maneira eficaz no tratamento e prevenção ao uso de drogas, bem como pela recusa do adolescente em se sujeitar ao tratamento por entender que não é viciado, mentindo para si mesmo, acreditando que pode deixar de fazer o uso quando quiser.

### 3.1.7 DO TEMPO DE INTERNAÇÃO

Art. 121, §3<sup>a</sup> do ECA estabelece que o tempo máximo da medida de internação não pode ultrapassar o prazo de 03(três) anos e que a cada 6(seis) meses o adolescente deve ser reavaliado para manutenção da medida, contudo, para saber a postura do judiciário diante da aplicabilidade deste artigo foi feito a análise do tempo médio de internação referente aos anos de 2017 a 2019. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/10/2019.

Foi constatado que o maior tempo de internação aplicado a um adolescente no CASE de Ji-Paraná durante todo esse período analisado, foi de 15 meses. Já referente a um prazo médio da aplicação da medida de internação, em um somatório de todos os adolescentes sentenciados que cumpriam medida de internação no CASE de Ji-Paraná, durante o período objeto da pesquisa de campo, chegou-se ao resultado de que o tempo médio de duração da medida de internação no CASE de Ji-Paraná é de 06(seis) meses.

Embora a medida possa durar até 03(três) anos, na prática, o próprio judiciário demonstra ter uma resistência a sua aplicação, fazendo assim uma aplicação mínima da medida.

Diante de todo o abordado conclui-se que a solução não está em reduzir a idade penal para 16 anos, ou aumentar o tempo de internação como uma parcela da população deseja e que muitos parlamentares querem, tais projetos apenas tem a finalidade de desviar o que de fato deve ser feito, ou seja, realmente efetivar tudo o que dispõe no ECA, que embora já possua 29 anos de sua criação ainda não foi efetivado em sua totalidade, onde ficou claro o desrespeito a vários direitos dos adolescentes o que acaba prejudicando a sua retirada do mundo da criminalidade.

### 4. CONCLUSÃO

A pesquisa sobre o tema proposto demonstrou que embora boa parte dos parlamentares, assim como a população, apoia a redução da maioridade penal ou o aumento no tempo de internação, a mesma não é viável por uma série de motivos, dentre eles, pode-se citar que boa parte da doutrina se mostra contrária a essas mudanças, para isso justifica-se pelo fato de a criança e adolescente ser um cidadão em constante desenvolvimento e por isso merece proteção. Além de que muitos cometem ato infracional em virtude de problemas na família, tais como pais usuários de drogas, abusos sexuais sofridos, péssima qualidade de vida, entre outros motivos.

Outro motivo que torna inviável tal proposta, se refere a cláusula pétreia implícita na Constituição. Assim, alterar a idade penal que hoje é de 18 para 16 anos,

seria uma afronta a Constituição Federal e por consequência com a aprovação da PEC 171/03 estaríamos diante de uma inconstitucional, pensamento firmado pela doutrina majoritária.

Muito embora as propostas que aumentam o tempo de internação se mostrem mais adequadas do que a redução da maioria penal, importante frisar que a medida de internação como foi abordada e bem detalhada no trabalho, trata-se de uma exceção, e não de uma regra que deve ser imposta a todo tipo de ato infracional.

Por este entendimento, a medida de internação deve ser a última opção e, sendo executada somente na impossibilidade de se aplicar outra medida menos gravosa, e na sua aplicação, a medida deve ter em sua essência o caráter educativo-pedagógico para preparar o adolescente para seu retorno ao seio familiar e à sociedade. Sendo assim, pregar o aumento do tempo de internação também seria uma afronta aos princípios norteadores da medida de internação, além de descaracterizar o seu caráter educativo, passando a aplicá-la de forma puramente retributiva, apenas para dar uma resposta à sociedade punindo o adolescente pelo mal causado ao invés de reeducá-lo para que não venha mais a delinquir.

Por fim, após toda pesquisa de campo, conclui-se que embora o ECA já possua vários anos de vigência, veio para substituir outros códigos que não conseguiram atingir a eficácia na socioeducação, alterá-lo antes de efetivá-lo em sua totalidade será o mesmo caminho percorrido até o presente momento, será uma forma de o poder legislativo dar uma resposta à sociedade, mas, ao mesmo tempo se omitir em garantir os direitos conquistados pelas crianças e adolescentes, desse modo continuando a protelar seus esforços para efetivação de tudo que dispõe no ECA.

O fato é que a solução para o sistema socioeducativo não está em reduzir a idade penal ou manter os adolescentes por um período muito mais longo, cumprindo medida de internação.

A solução está em desenvolver projetos e colocar em prática os que já dispõem para prevenir a prática do ato infracional. Conforme apurado na pesquisa uma das soluções seria melhorar os investimentos em educação visto que os adolescentes com melhor instrução acabam por se envolver em menor proporção no cometimento de ato infracional.

No mais, deve-se efetivar o que dispõe no ECA em sua política de proteção e garantir um tratamento humanitário ao adolescente, dando-lhe condições verdadeiras para o seu retorno à sociedade, e não apenas trancá-lo em um

alojamento em péssimas condições como em boa parte das unidades socioeducativas do País, com isso, o deixando ocioso pela falta de atividades e cursos, não contribuindo em nada com a sua recuperação, e devolvendo à sociedade e em alguns casos um adolescente pior do que quando entrou na unidade para o cumprimento da medida de internação.

## 5. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Thatyane Gomes de. **Medida socioeducativa de internação uma abordagem sociológica e quali-quantitativa da realidade do município de Ji-Paraná**. 2015. 116 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná, curso de direito, 2015.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em 16/10/2019.

BELLINI, Priscila. **Como funciona a maioria penal em outros países?**. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/como-funciona-a-maioridade-penal-em-outros-paises/>>. Acesso em: 14/10/2019.

BOND, Letycia. **ECA faz 29 anos e ainda enfrenta desafios na implementação**. 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-07/eca-faz-29-anos-e-ainda-enfrenta-desafios-na-implementacao>>. Acesso em: 20/07/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto PL 5454/2013**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe da circunstância agravante a participação de menor na realização de crime. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=573936>>. Acesso em: 15/05/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto PL 6510/2016**. Modificam-se os art. 104 e 121 da Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e Adolescente), para alterar o período de internação nos casos de cometimento de atos infracionais análogos aos crimes previstos na Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Disponível: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2117642>>. Acesso em: 15/07/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 171/1993**. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal, dispõe sobre imputabilidade penal do maior de dezesseis anos. Disponível em: < [www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br)>. Acesso em: 15/05/2019.

BRASIL. Casa Civil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/10/2019;

BRASIL. Casa Civil. Decreto 99.710. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: promulgada em 21 de novembro de 1990. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 20/05/2019;

BRASIL. Casa Civil. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Promulgado em 13 de julho de 1990. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 07/10/2019.

BRASIL. **Código de Menores de 1979**. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Promulgada em 10 de outubro de 1979. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm)>. Acesso em: 07/10/2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 06/10/2019.

BRASIL. **DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (Sinase)**, Lei Nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm)>. Acesso em: 07/10/2019.

BRASIL. **Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2018. Relatório Anual (2017)**. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/julho/mdh-recebe-relatorio-de-atividades-do-mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/RelatrioAnual2017MNPCT.pdf>>. Acesso em: 15/10/2019.

BRASIL. PGE. Tratado Internacional. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Pacto de San José da Costa Rica**. Promulgada em 22 de novembro de

1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 20/05/2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto PLS 2169/2019**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, alterando para 07 (sete) anos o prazo da medida sócio-educativa de internação aplicável aos atos infracionais e, por conseguinte, altera o prazo da liberação compulsória para vinte e cinco anos de idade. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136254>>. Acesso em: 15/07/2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto PLS 428/2018**. Altera o § 3º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, para prever a possibilidade de decretação de medida socioeducativa de internação por até quinze anos, no caso de ato infracional correspondente a crime hediondo. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134473>>. Acesso em: 15/07/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 492** - O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. (Súmula 492, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 14/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 14/10/2019.

BRASILIA, G1. **Entenda a proposta que reduz a maioria penal para 16 anos**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/entenda-proposta-que-reduz-maioridade-penal-para-16-anos.html>>. Acesso em 23/07/2019.

Bueno, Manoel Carlos. **Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XII Tábuas, Lei de Talião**. 2. ed., Leme/SP: Ed. CL Edijur, 2012.

CAMBRAIA, Danielle. **Unicef: 78% de 54 países têm maioria penal fixada em 18 anos**. 2016. Disponível em: <<https://pt.org.br/unicef-78-de-54-paises-tem-maioridade-penal-fixada-em-18-anos/>>. Acesso em: 05/10/2019.

COLONISTA PORTAL – EDUCAÇÃO. **Direitos Humanos e Fundamentais e o Código Mello Mattos de 1927**. Disponível em:



<<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/direitos-humanos-e-fundamentais-e-o-codigo-mello-mattos-de-1927/29166>> Acesso em: 06/10/2019.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em Conflito com a Lei e a Realidade**. 1.ed., 2003, 5ª reimpr., Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

GOMES, Celene. **Socioeducandos concluem etapa de cursos de profissionalização na área de pedreiro de revestimento em Ji-Paraná**. 2018. Disponível em: <<https://www.tudorondonia.com/noticias/socioeducandos-concluem-etapa-de-cursos-de-profissionalizacao-na-area-de-pedreiro-de-revestimento-em-ji-parana,23153.shtml>>. Acesso em: 20/10/2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o Ato infracional: Medida Socioeducativa é pena?** 2ª. ed., São Paulo: Malheiro Editores, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12ª. ed., São Paulo: Malheiro Editores, 2015.

MASSON, Cleber **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense. São Paulo: Ed. Método, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense. São Paulo: Ed. Método, 2019.

MPPR. **Idade Penal: Tabela comparativa em diferentes Países: Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-323.html>>. Acesso em: 07/06/2019.

SÉRGIO, Paulo. **Adolescentes em conflito com a lei têm espaço adequado para ressocialização em Ji-Paraná**. 2015. Disponível em: <<https://maisro.com.br/adolescentes-em-conflito-com-a-lei-tem-espaco-adequado-para-ressocializacao-em-ji-parana/>>. Acesso em: 14/10/2019.

REBOLÇAS, Hellem Silveira. **As medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei penal: uma análise da problemática de sua reinserção social**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/as-medidas-socioeducativas-aplicaveis-aos-adolescentes-conflito-com-lei-penal.htm>>. Acesso em: 15/06/2019.

Redação Super. **6 lugares que já reduziram a maioria penal (e o que aconteceu por lá)**. 2016. Disponível em:

<<https://super.abril.com.br/blog/superlistas/6-lugares-que-ja-reduziram-a-maioridade-penal-e-o-que-aconteceu-por-la/>>. Acesso em: 14/10/2019.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90**. 10ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

SOUSA, Aparecida. **Curso de Eletricista Instalador Residencial é ofertado aos socioeducandos do Centro de Atendimento Socioeducativo em Ji-Paraná**.

2019. Disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/curso-de-eletricista-instalador-residencial-e-ofertado-aos-socioeducandos-do-centro-de-atendimento-socioeducativo-em-ji-parana/>>. Acesso em: 20/10/2019.

VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 9.ed., São Paulo: Cortez, 2011.

WESTIN, Ricardo. **Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920**.

2015. Disponível em: <

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>. Acesso em 07/10/2019.

Anexo

<b>Idade Penal: Tabela comparativa</b>		
<b>Países</b>	<b>Responsabilidade Penal Juvenil</b>	<b>Responsabilidade Penal de Adultos</b>
Alemanha	14	18/21
Argentina	16	18
Argélia	13	18
Áustria	14	19
Bélgica	16/18	16/18
Bolívia	12	16/18/21
<b>Brasil</b>	<b>12</b>	<b>18</b>
Bulgária	14	18
Canadá	12	14/18
Colômbia	14	18
Chile	14/16	18
China	14/16	18
Costa Rica	12	18
Croácia	14/16	18
Dinamarca	15	15/18
El Salvador	12	18
Escócia	8/16	16/21

Eslováquia	15	18
Eslovênia	14	18
Espanha	12	18/21
Estados Unidos	10	12/16
Estônia	13	17
Equador	12	18
Finlândia	15	18
França	13	18
Grécia	13	18/21
Guatemala	13	18
Holanda	12	18
Honduras	13	18
Hungria	14	18
Inglaterra e Países de Gales	10/15	18/21
Irlanda	12	18
Itália	14	18/21
Japão	14	21
Lituânia	14	18
México	11	18
Nicarágua	13	18
Noruega	15	18
Países Baixos	12	18/21
Panamá	14	18
Paraguai	14	18
Peru	12	18
Polônia	13	17/18
Portugal	12	16/21
República Dominicana	13	18
República Checa	15	18
Romênia	16/18	16/18/21
Rússia	14 /16	14/16
Suécia	15	15/18
Suíça	7/15	15/18
Turquia	11	15
Uruguai	13	18
Venezuela	12/14	18

Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br> acesso em  
14/10/2019

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UM ESTUDO À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**ISAAC VILLASBOAS DE OLIVEIRA:** Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA, pós-graduando em direito constitucional pela Fundação Luiz Flávio Gomes. Defensor Público Federal em Guarulhos-SP.

**RESUMO:** Este artigo tem por escopo propor uma solução a problemas envolvendo o transporte aéreo de passageiros e suas respectivas bagagens. Verifica-se a partir de uma análise das disposições normativas que disciplinam essa atividade, uma antinomia entre os principais diplomas, dentre eles a Convenção de Varsóvia que disciplina a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, o Código Brasileiro da Aeronáutica, o qual disciplina o transporte aéreo nacional e o Código do Consumidor que define o regramento da responsabilidade civil nas relações de consumo, englobando os serviços de transporte aéreo. A antinomia entre os diplomas mencionados é objeto de ampla controvérsia jurídica, o que gera certa insegurança no meio jurídico, uma vez que diante dos conflitos normativos nem sempre as respostas jurídicas aos problemas mencionados se apresentam de modo uniforme. Nesse sentido, o presente estudo abordará brevemente os elementos da responsabilidade civil, a aplicação do Código do Consumidor nos casos de responsabilidade civil no transporte aéreo envolvendo relações de consumo, o estudo do conflito normativo entre os diplomas mencionados e. O tema é de grande importância, uma vez que o transporte aéreo é um dos mais utilizados atualmente e por óbvio, o grande número de viagens dá origem a diversos incidentes envolvendo passageiros e suas bagagens. A divergência jurídica existente e a proposta de uma solução que vise uniformizar o entendimento acerca de qual o regramento aplicável em face da problemática exposta. Para se alcançar o objetivo, foram analisadas disposições normativas, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, e a partir do estudo desses entendimentos fora feita uma análise crítica para se chegar aos resultados das pesquisas. Na metodologia, foi feita uma abordagem "analítica" por possibilitar a busca múltipla de fontes para a compreensão dos principais conceitos e institutos que serviram de base ao estudo proposto. Foi utilizado, ainda, o método de "análise crítica" no tópico que trata acerca de qual o regramento aplicável para os casos de responsabilidade civil no transporte aéreo. O estudo observou um plano sistemático, com apresentação dos principais aspectos jurídicos, que embora analisados em separado, permitiram um percurso científico coordenado e harmônico, possibilitando uma construção lógica

de entendimento na validação das proposições decorrentes do objetivo da pesquisa.

**Palavras chaves:** Responsabilidade Civil; Transporte Aéreo, Relações de Consumo; Antinomia.

**ABSTRACT:** This article aims to propose a solution to problems involving the air transport of passengers and their luggage. From an analysis of the normative provisions that regulate this activity, an antinomy among the main diplomas is verified, among them the Warsaw Convention that disciplines the civil liability in the international air transport, the Brazilian Aeronautic Code, which disciplines the transport national air and the Consumer Code that defines the rule of civil liability in consumer relations, including air transport services. The antinomy between the mentioned diplomas is the subject of wide legal controversy, which generates some insecurity in the legal environment, since in the face of normative conflicts not always the legal answers to the mentioned problems are presented uniformly. In this sense, the present study will address briefly the elements of civil liability, the application of the Consumer Code in cases of civil liability in air transport involving consumer relations, the study of the normative conflict between the mentioned diplomas e. The topic is of great importance, since air transport is one of the most used today and obviously, the large number of trips gives rise to several incidents involving passengers and their luggage. The existing legal divergence and the proposal of a solution that aims to standardize the understanding about which is the applicable rule in face of the exposed problem. To reach the objective, normative dispositions, doctrinal and jurisprudential positions were analyzed, and from the study of these understandings a critical analysis was made to arrive at the research results. In the methodology, an "analytical" approach was made by allowing multiple sources to understand the main concepts and institutes that underpin the proposed study. The method of "critical analysis" was also used in the topic dealing with the applicable rules for civil liability cases in air transport. The study followed a systematic plan, presenting the main legal aspects, which although analyzed separately, allowed a coordinated and harmonious scientific path, allowing a logical construction of understanding in the validation of the propositions resulting from the research objective.

**Keywords:** Civil Liability; Air Transport, Consumer Relations; Antinomy.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 RESPONSABILIDADE CIVIL 1.1 ORIGEM 1.2 ELEMENTOS. 1.1 ESPÉCIES 2 RELAÇÕES DE CONSUMO 3 ANTINOMIA NORMATIVA ENTRE OS PRINCIPAIS DIPLOMAS DISCIPLINADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O transporte aéreo é um dos mais utilizados na atualidade. A cada dia milhares de pessoas se utilizam desse tipo de transporte pelos mais diversos motivos (trabalho, lazer, estudos, dentre outros).

Por óbvio, o aumento da utilização desse meio de transporte, como toda atividade de risco, acarreta uma série de infortúnios (atrasos, extravios de bagagens, cancelamentos de vôos e até mesmo, ainda que de forma menos frequentes, acidentes que causam danos ou morte em passageiros. Na tentativa de solucionar esses infortúnios, três principais diplomas disciplinam essa atividade no Brasil e será objeto desse estudo, quais sejam: a Convenção de Varsóvia, Código Brasileiro da Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor.

A Convenção de Varsóvia disciplina a responsabilidade civil no transporte internacional, o Código Brasileiro da Aeronáutica, por sua vez, traz um regramento da responsabilidade civil no transporte aéreo nacional e o Código de Defesa do Consumidor, o qual engloba as relações de consumo, dentre as quais se encontra o serviço de transporte aéreo.

O principal ponto de divergência em relação aos diplomas mencionados diz respeito ao sistema de reparação dos danos, uma vez que enquanto a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro da Aeronáutica tomam por base o princípio da reparação tarifada, por estabelecer limites às indenizações nas hipóteses de danos, o Código de Defesa do Consumidor densifica o princípio da reparação integral, de forma que de acordo com o CDC, a indenização é medida pela extensão do dano, não havendo limites preestabelecidos.

O presente estudo se justifica, uma vez que o tema envolve diplomas normativos conflitantes e que causam grande impacto na vida de milhões de passageiros que tem seus direitos violados ao realizar viagens aéreas e que buscam uma reparação por esses danos. Em razão da antinomia mencionada, o tema é objeto de ampla controvérsia jurídica, o que tem gerado certa insegurança jurídica quando da submissão das demandas dessa natureza aos órgãos jurisdicionais.

Na metodologia, foi feita uma abordagem "analítica" por possibilitar a busca múltipla de fontes doutrinária e jurisprudencial para a compreensão dos principais conceitos e institutos que serviram de base ao estudo proposto. Foi utilizado, ainda, o método de "análise crítica" no tópico que trata acerca de qual o regramento aplicável para os casos de

responsabilidade civil no transporte aéreo. O estudo observou um plano sistemático, com apresentação dos principais aspectos jurídicos, que embora analisados em separado, permitiram um percurso científico coordenado e harmônico, possibilitando uma construção lógica de entendimento na validação das proposições decorrentes do objetivo da pesquisa.

## **2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ORIGEM, ELEMENTOS E ESPÉCIES**

A responsabilidade civil decorre da violação de um dever jurídico originário, o que dá ensejo a uma obrigação derivada deve dever.[1]

Esse dever jurídico é compreendido como uma conduta pessoal exigida pelo ordenamento jurídico como pressuposto de uma convivência harmônica em sociedade, a qual decorre da máxima *neminem laedere*, do jurista Ulpiano, de forma que em havendo a violação desse dever surge a obrigação sucessiva de reparar o dano.[2]

No mesmo sentido, Cavalieri afirma que enquanto a obrigação é um dever jurídico originário, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que tem como causa a violação do primeiro.[3]

A responsabilidade civil possui três elementos, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade, a culpa a princípio não seria um dos elementos da responsabilidade civil pois em termos gerais apenas a responsabilidade de natureza subjetiva não dispensa esse elemento, restando ausente na responsabilidade civil objetiva.[4]

A conduta pode ser definida como a ação humana voluntária, positiva ou negativa, lícita ou ilícita.[5] O nexo causal, por sua vez, é o liame entre a conduta e o resultado danoso.[6] O dano, por seu turno, seria a lesão a um interesse juridicamente tutelado.[7]

Em relação à culpa, embora seja um elemento accidental da responsabilidade civil, cumpre tecer breves considerações para fins de contextualização, a qual pode ser considerada como a violação de um dever de cuidado a que o agente estaria obrigado. Cabe pontuar que a culpa está presente apenas na denominada responsabilidade subjetiva, a qual pressupõe a existência desse elemento subjetivo, restando ausente na responsabilidade civil objetiva, portanto, os elementos essenciais da responsabilidade civil são apenas três: conduta humana, dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.[8]

O dano como também pode ser de natureza material ou moral, tendo o próprio Código Civil reconhecido a existência de dano moral, senão vejamos o teor do art. 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.



### 3.0 RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO E RELAÇÕES DE CONSUMO

#### 3.1 TRANSPORTE AÉREO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O transporte aéreo sem dúvidas é um dos principais meios de transporte de pessoas e mercadorias na era globalizada, sobretudo em razão de sua grande eficiência na redução da relação distância-tempo, além da comodidade e segurança oferecida por esse meio de transporte.

Em razão da crescente expansão na utilização desse meio de transporte, diariamente são verificadas relações de consumo com a compra de passagens aéreas por passageiros para transporte próprio e de seus pertencentes – bagagens e utensílios. No momento em que se verifica uma relação de consumo no transporte aéreo surge o ponto nevrálgico desse estudo – a incidência de mais de um diploma normativo sobre a mesma situação fática.

No transporte aéreo internacional, a regulamentação da responsabilidade civil do transportador aéreo é normatizada pela Convenção de Varsóvia, mas também pelo Código do Consumidor, o qual é por excelência a norma aplicável às relações de consumo.

Nesse sentido, o ponto principal é sobre o campo de incidência do Código do Consumidor, havendo grande divergência sobre sua aplicação, alguns entendendo se tratar de uma mera lei geral inaplicável em relações reguladas por normas especiais e outros entendem se tratar de um microsistema com campo de incidência delimitado.[9]

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor fez um recorte no campo das obrigações ao estabelecer uma disciplina uniforme para regular as relações de consumo, alcançando inclusive outros ramos do direito no momento em que se vislumbra uma relação de consumo.[10]

O Código de Defesa do Consumidor se trata de um sistema jurídico aberto, com muitos conceitos vagos e indeterminador, princípios e cláusulas gerais, tendo o condão inclusive, de reforçar a disciplina jurídica de outras disciplinas jurídicas, em vista de albergar a proteção do consumidor. Nesse sentido, vejamos o entendimento de José Geraldo Brito Filomeno:

“Trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microsistema jurídico. Ou seja: ao lado de princípios que lhes são próprios no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código do Consumidor relaciona-se com outros ramos do direito, ao mesmo tempo em que

atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos. Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas em diversos ramos do direito.”

O fato das relações de consumo encontrarem-se reguladas pelo Código do Consumidor não exclui a aplicação em outros ramos do direito pertinente à matéria. Nesse sentido, os princípios da boa fé, da autonomia da vontade, dentre outros, inerentes ao direito público ou privado, permanecem incólumes. O diferencial é que os princípios próprios das relações de consumo também serão aplicados.

Inclusive, há quem defenda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em determinados segmentos do mercado, a exemplo dos serviços públicos, bancários e ao transporte aéreo. O principal argumento seria que o Código do Consumidor seria uma microssistema jurídico conforme já ressaltado, o que afastaria o princípio *lex posteriori non derogat priori speciali*.**[11]**

Nessa esteira, podemos inferir que os demais diplomas legislativos teriam aplicação naquilo em que não contrariasse o Código de Defesa do Consumidor.

Após essa breve análise, cumpre definir os elementos caracterizadores das relações de consumo, pressuposto essencial para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. No polo ativo da relação temos o fornecedor, conforme definição do art. 3º do diploma mencionado. Senão vejamos: “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço.”.

Por seu turno, no polo passivo temos o consumidor o qual conforme art. 2º da mesma Lei é definido como: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Por fim, o objeto das relações de consumo são produtos ou serviços. A definição de produtos encontra-se mais precisamente no art. 3º, §1º, do Código do Consumidor. A conceituação de serviços, por sua vez se encontra no art. 3º, §2º, do mesmo Código: “qualquer utilidade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes da relação de caráter trabalhista”.

Retornando ao terreno das obrigações, os produtos se caracterizam como uma obrigação de dar, uma vez que prevalece a obrigação de transferir a

propriedade de um bem, enquanto os serviços se caracterizam como uma obrigação de fazer, uma vez que predomina a idéia de prestar uma atividade. Em algumas hipóteses não resta clara a distinção entre obrigação de dar e de fazer, devido à simultaneidade destas obrigações. Nessa hipótese é preciso se atentar em relação ao aspecto prevalecente nesta obrigação.[12]

### 3.2 CONSEQUENCIAS DA APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CDC AO TRANSPORTE AÉREO.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil no transporte aéreo acarreta forte impacto nas relações envolvendo o prestador de serviços – companhia aérea e o tomador de serviços – passageiro. De início os limites indenizatórios previstos na legislação especial – Código Brasileiro da Aeronáutica para o transporte aéreo doméstico e Convenção de Varsóvia para o transporte aéreo internacional seriam afastados, uma vez que a legislação consumerista adota o princípio da reparação integral, já as legislação especial supra mencionada trabalha com a responsabilidade tarifada, havendo, portanto limites preestabelecidos para fins de quantificação do *quantum* indenizatório. Há diferenças também em relação aos prazos prescricionais e na sistemática da responsabilidade civil subjetiva aplicável em alguns casos. Ao final deste trabalho, após um balanço dos argumentos apresentados indicaremos a legislação mais recomendável a ser aplicada e suas implicações práticas.

Com efeito, os artigos 20 a 25 da Convenção de Varsóvia, a qual fora incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 5910/06 estipula limites indenizatórios para fins de indenizações nos casos de danos a passageiros causados no transporte aéreo internacional. O Código Brasileiro da Aeronáutica, o qual regulamenta a responsabilidade do transportador aéreo no transporte aéreo doméstico, na mesma linha da Convenção de Varsóvia, também limita as indenizações nas hipóteses de dano artigos 257, 260, 262, 269 e 277. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adota o princípio da reparação integral (art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Verifica-se, portanto, uma clara antinomia normativa o que tem gerado dúvidas jurídicas acerca de qual diploma normativo deve ser aplicado quando vislumbrada uma relação de consumo. Nessa esteira, há quem defenda que deve prevalecer a Convenção de Varsóvia, uma vez que o Brasil ao ratificar uma convenção internacional fica obrigado a cumpri-la.[13]

O doutrinador Luis Pinto, por sua vez, afirma que os tratados ratificados pelo Brasil tem prevalência em relação à lei interna e pontua que

o Código de Defesa do Consumidor seria uma lei ordinária geral, enquanto que o Código Brasileiro da Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia seriam leis ordinárias especiais, de forma que pelos critérios de solução de antinomia lei posterior geral não derroga lei anterior especial.[14]

Ainda nessa esteira, José de Almeida ressalta que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao transporte aéreo internacional posto que sempre haverá a preponderância do direito internacional sobre o direito interno. De acordo com este doutrinador, o Brasil, assim como todos os estados signatários, não é livre para regular diferentemente do estabelecido, por ser subscritor da Convenção de Varsóvia.[15]

O próprio Supremo Tribunal Federal em decisão datada de 25/05/2017 decidiu pela prevalência da Convenção de Varsóvia e Montreal em relação ao Código de Defesa do Consumidor com base no art. 178 da Constituição Federal que estabelece que: “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Na ocasião, o Tribunal decidiu que nos conflitos envolvendo prazos prescricionais e extravios de bagagens, os tratados internacionais mencionados afastam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no que lhe for contrário.[16]

No mesmo sentido, também entendendo pela prevalência dos tratados internacionais em relação à legislação consumerista, o doutrinador Henri Burgeois pontua que a teoria da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo estabelecida pela Convenção de Varsóvia sob a justificativa de que o usuário do transporte aéreo também deve suportar uma parte do risco aeronáutico levando-se em conta os perigos inerentes à realidade da vida.[17]

Conforme vimos, os argumentos dos defensores da aplicação da Convenção de Varsóvia são os mais variados, com destaque para a defesa do desenvolvimento tecnológico da aeronáutica, o risco inerente à atividade do transportador aéreo, prevalência dos tratados internacionais em relação à lei interna, dentre outros.

Por outro lado, há quem defenda também a aplicação do Código de Defesa do Consumidor frente à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro da Aeronáutica, sob a justificativa da inconstitucionalidade das cláusulas limitadoras de indenização. Nesse sentido, vejamos o entendimento de Antonio Herman V. Benjamin:

“...no que tange à limitação da responsabilidade civil, tanto a Convenção de Varsóvia como o Código Brasileiro da Aeronáutica padecem de doença incurável, posto que de fundo

constitucional. O fato é que havendo relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se inteiramente ao transporte aéreo doméstico ou internacional, na medida que, tacitamente (incompatibilidade) revogou ele os privilégios estatutários da indústria, principalmente quando garante, como direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI, do CDC).[18]

Sergio Cavalieri defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sustentando dentre outros argumentos que este diploma estabelece uma política nacional das relações de consumo, além de ser norma posterior, estando a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor desatualizados.[19]

Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge defendem a não limitação da responsabilidade civil sob a justificativa de que os tratados internacionais podem ter afastada a sua aplicação quando conflitar com legislação ordinária posterior.[20] Nesse sentido, vejamos: “A Convenção, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno brasileiro, não se sobrepõe às leis do país. No caso de conflito entre tratado e lei posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador, embora o descumprimento no plano internacional possa acarretar consequências.

O ex Ministro Paulo Costa Leite que integrava a 3ª Turma do STJ, em relatório feito ao Resp 169.000-RJ deixa claro a sua posição quanto à prevalência do Código de Defesa do Consumidor frente à Convenção de Varsóvia. O Ministro ressalta a nulidade da argumentação de que pelo fato de ser o Código de Defesa do Consumidor lei geral posterior, esta não derroga o Código Brasileiro da Aeronáutica de natureza especial e anterior, pois tal regra não é absoluta.[21]

A partir da análise dos posicionamentos acerca da antinomia entre o CDC e a Convenção de Varsóvia, verifica-se que este último diploma objetivou proteger a indústria aeronáutica ainda em fase embrionária. Atualmente, contudo, o transporte aéreo é um dos mais utilizados no mundo, ocupando relevante posição no mercado, de forma que hoje o Sistema de Varsóvia de 1929 encontra-se desatualizado.

De outro lado, o CDC veio conferir uma maior proteção ao consumidor em razão de sua vulnerabilidade. Ressalte-se ainda que no período de elaboração da Convenção de Varsóvia vivia-se num estado totalitária em que certas ideologias

e interesses do Estado eram priorizados em relação ao cidadão.[22] Atualmente o princípio da dignidade da pessoa humana é o epicentro axiológico da ordem jurídica, devendo na maior medida possível prevalecer os interesses dos cidadãos.[23]

#### **4. CONCLUSÃO**

A partir de uma análise crítica dos diversos posicionamentos acerca da antinomia existência entre o Código de Defesa do Consumidor de um lado e do outro o Sistema de Varsóvia e o Código Brasileiro da Aeronáutica, podemos chegar à conclusão pelos argumentos apresentados, que deve prevalecer o Lei 8.078/90.

A Convenção de Varsóvia tinha por objetivo desenvolver a indústria aeronáutica, a qual se encontrava em um estágio embrionário, na atualidade, contudo, as companhias aéreas se desenvolveram intensamente de forma que atualmente o transporte aéreo é um dos meios de transporte mais seguros do mundo. Por esse motivo, verifica-se uma desatualização das normas limitadoras da responsabilidade civil tanto na Convenção de Varsóvia quando no Código Brasileiro da Aeronáutica.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, teve por objetivo conferir uma maior proteção aos consumidores, estabelecendo uma política nacional das relações de consumo. Ressalte-se que a legislação consumerista veio em verdade densificar importante direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XXXII que impõe ao Estado a proteção do consumidor.

De igual modo não merece prosperar o argumento de que aplicando-se o critério da especialidade a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro da Aeronáutica prevalecem em relação ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que enquanto a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica visaram uniformizar as regras relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo nacional e internacional, o Código de Defesa do Consumidor por imperativo constitucional criou uma política nacional de defesa dos direitos do consumidor, evidenciando uma segmentação horizontal nas relações de consumo, sendo no caso, a norma especial por excelência.

A conclusão acima não exclui por completo a incidência das normas da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro da Aeronáutica, apenas ocasionando, conforme dito, uma segmentação, de forma que quando vislumbrada uma relação de consumo no transporte aéreo nacional ou internacional, deve prevalecer a aplicação da legislação consumerista, em não se verificando uma relação de

consumo, nada impede a aplicação da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro da Aeronáutica.

Por outro lado, não há de se falar em hierarquia normativa da Convenção de Varsóvia em face do Código de Defesa do Consumidor, primeiro por não ser a Convenção de Varsóvia um tratado sobre direitos humanos e sim de navegação aérea, além de não ter sido aprovado pelo procedimento próprio das emendas constitucionais – art. 5º, LXXVIII, § 3º da Constituição Federal, de forma que tendo natureza jurídica de lei ordinária, nada impede o afastamento de sua aplicação pela legislação interna.

Quanto ao argumento de que o art. 178 da Constituição Federal prioriza a aplicação de tratados internacionais ao transporte aéreo, terrestre e aquático e que, portanto, a Convenção de Varsóvia deve prevalecer em relação ao Código do Consumidor, de igual modo não merece prosperar. Com efeito, verifica-se no caso um conflito entre normas constitucionais, uma vez que ao lado dessa norma, o art. 5º, inc. XXXII estabelece o dever de proteção ao consumidor.

Nessa esteira, uma vez que o dever de proteção ao consumidor encontra-se no art. 5º da Constituição Federal e trata-se de uma norma definidora de direito fundamental, e, portanto, materialmente constitucional, e o art. 178 disciplina regras sobre o transporte internacional, nas hipóteses específicas de relações de consumo, dando densidade a um direito fundamental, sem prejuízo da aplicação dos diplomas internacionais desde que ausente uma relação de consumo.[24]

Nesse sentido, ao analisar esse conflito aparente entre essas normas constitucionais, podemos concluir que os acordos firmados no plano internacional devem ser observados, sem prejuízo do dever constitucional de proteção e segurança ao consumidor.

Embora se possa argumentar que pelo critério da especialidade, o Sistema de Varsóvia deveria prevalecer em relação ao Código de Defesa do Consumidor, tal argumento não deve prosperar, uma vez que o CDC criou um microsistema protetivo das relações de consumo e uma política nacional de defesa dos consumidores, o que evidencia uma segmentação horizontal nas relações de consumo, sendo a norma especial por excelência.[25]

Por outro lado, a conclusão acima não afasta a incidência do Sistema de Varsóvia no que se refere ao transporte aéreo internacional, apenas ocasiona uma segmentação, conforme já afirmado, impondo a aplicação da legislação consumerista em se verificando uma relação de consumo.

Outro ponto a ser enfrentado é o fato de que os limites indenizatórios estabelecidos pela Convenção de Varsóvia contrariam o art. 5º, inc. XLV da CF, uma vez que ao limitar o valor das indenizações a vítima do dano acaba por arcar com parte dos prejuízos a que não deu causa, como se a pena da pessoa do condenado, fato que contraria toda a lógica do ordenamento jurídico.[26]

De outro modo, o entendimento pela prevalência da Convenção de Varsóvia levaria a uma situação de desrespeito à isonômica, pois criaria uma vantagem não justificada ao transportador aéreo em relação aos demais transportadores, não fazendo sentido que por exemplo um passageiro que faça uma viagem de trem e venha a sofrer um dano seja indenizado de forma integral, enquanto outro que esteja num avião venha a ser indenizado apenas parcialmente.

## 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel de. *A Legislação Aplicável ao Transporte Aéreo Internacional*. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. n. 75.

ALVARENGA, Ricardo. O Direito do Consumidor e o Transporte Aéreo. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. N. 77. p. 20.

ALVIM, Eduardo Arruda e JORGE, Flávio Cheim, *A Responsabilidade Civil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Transporte Aéreo*. Revista de Direito do Consumidor, n. 19, p.130-131.

BENJAMIN, Antonio H. V. *O transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito Aeroespacial, n. 77, p. 17. disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/>, acesso em 01/08/2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário (RE) e Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 766618 Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 766618, 2017. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>. Acesso em 01/10/2019.

BURGEOIS, HENRI. La Revision de la Convencion de Varsóvia. Zurcí: 1959, disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/>, acesso em 02/08/2019.

CAVALIERI, Sérgio Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo, 2007.

FILOMENO, José G.B, Grinover, Ada Pelegrini, BENJAMIN, Antonio, H. de V., FINK, Daniel R., et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.



MORSELLO, Marco Fabio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. Atlas. 2006.

PINTO, Luis Camargo Carvalho. *Convenção de Varsóvia e Responsabilidade Civil*. São Paulo, Saraiva: 1990.

STJ, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo Leite, Resp. 169.000-RJ (3ª T., rel. Min. Paulo Costa Leite, julgado em 4 de abril de 2000.

UCHOA, André C. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo, tratados internacionais, leis especiais e código de proteção do consumidor**. Renovar. 2002.

NOTAS:

---

[1] CAVALIERI, Sérgio Filho, Programa de Responsabilidade Civil. 7. Ed. São Paulo, 2007, 02p

[2] STOLZE, Pablo e Pamplona, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*. 7. VIII, Responsabilidade Civil. Ed. Saraiva. 6. Ed. 2008. P.2.

[3] Ibid, p. 02-03.

[4] Ibid., p. 24.

[5] Ibid., p. 28.

[6] CAVALIERI, Sérgio Filho, Programa de Responsabilidade Civil. 7. Ed. São Paulo, 2007, p. 46.

[7] STOLZE, Pablo e Pamplona, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*. 7. VIII, Responsabilidade Civil. Ed. Saraiva. 6. Ed. 2008. p. 29.

[8] Ibid. p. 32.

[9] CAVALIERI, Sergio Filho, apud UCHOA, André. *Responsabilidade Civil do Transportador A*

[10] Ibid. p. 48.

[11] FILOMENO, José G.B, Grinover, Ada Pelegrini, BENJAMIN, Antonio, H. de V., FINK, Daniel R., et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 19 e 20.

- [12] UCHOA, André. *Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo, tratados internacionais, leis especiais e código de proteção e defesa do consumidor*. Renovar, 2002. p. 50.
- [13] ALVARENGA, Ricardo. O Direito do Consumidor e o Transporte Aéreo. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*. N. 77. p. 20.
- [14] PINTO, Luis Camargo Carvalho. *Convenção de Varsóvia e Responsabilidade Civil*. São Paulo, Saraiva: 1990.
- [15] ALMEIDA, José Gabriel de. *A Legislação Aplicável ao Transporte Aéreo Internacional*. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*. n. 75. Pp. 38-39.
- [16] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário (RE) e Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 766618 Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 766618, 2017. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>. Acesso em 01/10/2019.
- [17] BURGEOIS, HENRI. La Revision de la Convencion de Varsóvia. *Zurcí*: 1959, disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/>, acesso em 02/08/2019.
- [18] BENJAMIN, Antonio H. V. *O transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito Aeroespacial*, n. 77, p. 17. disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/>, acesso em 01/08/2019.
- [19] CAVALIERI, Sergio Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*
- [20] ALVIM, Eduardo Arruda e JORGE, Flávio Cheim, *A Responsabilidade Civil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Transporte Aéreo*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 19, p.130-131.
- [21] STJ, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo Leite, Resp. 169.000-RJ.
- [22] UCHOA, André C. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo, tratados internacionais, leis especiais e código de proteção do consumidor**. Renovar. 2002. p. 108
- [23] Ibid. p. 109.
- [24] MORSELLO, Marco Fabio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. Atlas. 2006. P. 427.

[25] CAVALIERI, Sergio F. Programa de Responsabilidade Civil. 7 ed. Atlas. 2007. P. 314.

[26] UCHOA, André C. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo, tratados internacionais, leis especiais e código de proteção do consumidor**. Renovar. 2002. p. 112

## **OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CASO DE PUBLICAÇÃO DE BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS**

**ELLEN DAYANI AZEVEDO FUNAYAMA:**

Bacharelada no curso de Direito no Centro Universitário Adventista de São Paulo - CAMPUS UNASP- EC

**RESUMO:** O presente visa verificar os limites impostos, no que diz respeito às biografias não autorizadas diante da liberdade de expressão. Para tanto, tratará a respeito do que dispõe os artigos 20 e 21, do Código Civil, analisando por conseguinte a (in)constitucionalidade dos mesmos quando colocados diante de outros direitos e garantias fundamentais elencadas no texto constitucional. Adiante, o presente trabalho ainda abordará a opinião da Suprema Corte Brasileira quanto ao tema das biografias não-autorizadas, ocasião em que o direito à liberdade de expressão conflita com a vida privada e tudo isso, com a finalidade de analisar os limites impostos quando da ocorrência de conflitos entre dois direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão e o direito à intimidade e privacidade, ambos tutelados constitucionalmente.

**Palavras-chave:** Biografias não autorizadas; liberdade de expressão; privacidade; intimidade.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 BREVE ANÁLISE A RESPEITO DAS BIOGRAFIAS. 2 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TUTELA CONFERIDA À IMAGEM. 3 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL. 4 UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 DOS LIMITES IMPOSTOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal da República aborda um rol de direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, a exemplo do direito à privacidade, direito à intimidade, liberdade de expressão, dentre outros que são tutelados.

No presente trabalho, esses direitos anteriormente mencionados ganham importante destaque, uma vez que possuem tutela dada especificamente pelo texto constitucional.

Além da proteção Constitucional dada à intimidade e vida privada, o Código Civil expôs situações em que esses direitos devem ser resguardados e atribuiu a

eles uma proteção intensa e aprofundada, conforme se pode conferir nos artigos 20 e 21 do referido diploma.

Ocorre que por vezes, esses direitos fundamentais entram em conflito em casos concretos e se torna necessária a análise a respeito de qual direito deve prevalecer e ser aplicado concretamente e para tanto são utilizados alguns métodos e realizadas algumas análises.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do tema algumas vezes e uma das manifestações mais significativas foi no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.815 em que se analisou a (in)constitucionalidade dos artigos 20 e 21, do Código Civil.

Em se tratando da prática desses direitos, é importante mencionar que quando o exercício de um passa a interferir na esfera do exercício de outro, é de rigor a análise e abordagem de qual/quais seriam as limitações impostas no caso de exercício da liberdade, uma vez que esta pode ferir a privacidade de outrem – a exemplo do caso em que são publicadas biografias sem autorização do biografado.

Frise-se que o tema possui grande relevância uma vez que diz respeito ao exercício de direitos fundamentais e, tendo em vista o cenário atual, onde o exercício do direito de um pode ocasionar lesões ao direito de um outro, a discussão passa a ter importância ainda maior.

Com isso, o presente trabalho tem por escopo a análise do tema das biografias não autorizadas, sob o prisma da proteção conferida a direitos fundamentais e, por conseguinte, a análise dos limites impostos à liberdade de expressão exteriorizada quando da publicação de uma biografia sem autorização.

## **1 BREVE ANÁLISE A RESPEITO DAS BIOGRAFIAS**

A respeito das biografias, os autores Kunde e Adolfo fazem importante contribuição mencionando o seguinte:

Biografia compõe um gênero literário caracterizado por ser a narração da trajetória de pessoas que, por terem desempenhado um importante papel na história do país ou por terem ocupado posições notórias em um contexto social, compõe a identidade cultural de um povo, despertando o interesse do público. O conhecimento de sua trajetória torna-se importante para a composição histórico-social de um povo (KUNDE; ADOLFO, 2014, p. 481-488).

As biografias encontram-se classificadas como sendo “gênero jornalístico” e são tuteladas pela liberdade de expressão e informação. No entanto, carregam particularidades, que segundo Cunha (2018, p. 108), são exteriorizadas pela circulação de informações que não integram o interesse da sociedade, mas somente expõem dados que atendem à curiosidade pública e visam auferir vantagem financeira

Ainda, relativamente ao tema, Lira faz a seguinte crítica:

[...] o gênero biográfico se presta a dar vida e nova percepção às histórias reais, observando-as com o olhar de alguém que não as vivenciou. Trata-se de uma experiência complexa e bastante problemática, tendo em vista que os acontecimentos são cercados por circunstâncias, sentimentos e caracteres muita *{sic}* vezes não captados por aqueles que apenas os transcrevem (LIRA, 2014, p. 73).

As biografias publicadas sem autorização constituem uma clara demonstração da cansativa necessidade da sociedade de se ver informada e é através dessas biografias que as pessoas podem ter contato com informações da vida de outros (quer sejam públicos ou não), o que pode ferir a intimidade desses indivíduos (REMÉDIO; REIS, 2018, p. 127).

Barcellos (2014, p. 66) faz um paralelo entre as biografias publicadas pela imprensa e as que são publicadas em livros, mencionando inclusive, a ADI<sup>11</sup> nº 4.815 em que o autor da ação buscou equipará-las. Nestes termos, a autora faz forte crítica que vai de encontro à equiparação destas duas aduzindo não ser plausível a comparação de “uma biografia com o ofício diário próprio da imprensa, de modo que a posição preferencial reforçada que se reconhece à liberdade de imprensa não pode ser aplicada em toda a sua extensão e, sem maiores reflexões, às biografias”.

Para a autora, a liberdade concedida à imprensa não pode se estender à publicação de biografias, uma vez que os autores destas possuem muito mais tempo ao seu dispor para conseguirem informações reais e verdadeiramente legítimas, ao passo que a imprensa não possui tanto tempo disponível, e quando muito, possui dias ao dispor. Portanto, a autora é contra a concessão de maiores liberdades aos biógrafos (BARCELLOS, 2014, p. 67).

No que diz respeito ao tema das biografias publicadas sem autorização a Associação Nacional de Escritores Literários - ANEL, afirma categoricamente que a necessidade de anuência constitui verdadeiro óbice à liberdade de expressão (CUNHA, 2018, p. 107).

Mencione-se que quem decide publicar uma biografia não autorizada sofre limitações desde o início de seu trabalho, até o conteúdo que põe em veiculação, mencione-se, primeiramente ele não pode tomar conhecimento de informações sobre quem deseja escrever por meio de *habeas data*, não pode ter acesso a informações constantes em bancos de dados sem autorização da pessoa, e por fim, não pode publicar nada que atente contra a honra do indivíduo sujeito à biografia (DIAS, 2012, p. 214).

Deste modo, o que se pode concluir é que o indivíduo que redige biografias passa por muitos percalços (em razão das leis impostas) para poder divulgar uma história de vida sem autorização (DIAS, 2012, p. 214).

Uma vez que o estudo aborda a incidência dos direitos fundamentais no contexto de publicação da publicação de biografias não autorizadas, não se pode deixar de abordá-los e aprofundar a discussão.

## **2 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TUTELA CONFERIDA À IMAGEM**

O direito à imagem, uma das ramificações da proteção conferida ao instituto da personalidade é tema de grande importância no presente trabalho e objeto de grande discussão no que diz respeito ao tema das biografias, onde há conflito entre direitos como imagem, intimidade, vida privada e afins com a liberdade de expressão.

O campo do direito é muito extenso e repleto de detalhes, tanto que é composto por uma série de regulamentos que acabam sendo discordantes e incompatíveis entre si, tanto pela influência do tempo nas relações humanas, quanto pela modificação de interpretações dadas a determinados textos (LIRA, 2014, p. 86).

As Constituições anteriores à de 1988 tutelavam vida íntima e pessoal do indivíduo, mas foi justamente a de 1988 que resguardou de forma bem mais abrangente esse direito. Vale ressaltar também que, o Brasil é subscritor de inúmeros tratados que versam sobre a proteção à vida íntima, e dentre eles se encontram tratados que versam sobre direitos humanos (BARCELLOS, 2014, p. 51-52).

Assim como a liberdade de expressão é necessária em um estado democrático, os direitos à intimidade e privacidade constituem importantes peças em uma democracia. O ser humano deve ter esses direitos protegidos perante os outros indivíduos e a fim de evitar as investidas desnecessárias e inconvenientes do Estado (FACHIN, 2016, p. 101).

Conforme menciona a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Deste modo, o direito à intimidade e à vida privada também constituem uma garantia do indivíduo que é protegida constitucionalmente (incisos X ao XII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988). No entanto, frise-se que o direito à intimidade não é absoluto, podendo ser limitado em algumas situações a fim de que prevaleça o que for mais benéfico à coletividade (MORENO; AMARAL, 2014).

A privacidade, um direito ligado à personalidade, se encontra tutelada também pela Constituição e no artigo 21, do Código Civil, e muito embora o dispositivo possibilite a utilização de medidas necessárias para afastar alguma ação que atente contra a privacidade individual, acaba sendo omissa quanto à adoção dos métodos necessários ao alcance desse direito (CUNHA, 2018, p. 103).

No que diz respeito à personalidade, os artigos 20 e 21, do Código Civil, apresentam verdadeiro impedimento formal à publicação e circulação de biografias que sejam feitas sem anuência do biografado (SOARES; FREITAS, 2015, p. 92), sendo, portanto, a autorização um fator fundamental para a possibilidade de publicação.

Mencione-se o que dispõem os artigos 20 e 21, do Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes (BRASIL, 2002).

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2002).

Roberto Dias menciona o seguinte quanto ao referido artigo:



[...] praticamente impede a publicação de biografias não autorizadas ao prever, no artigo 20, que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais, salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (DIAS, 2012, p. 213).

Pela leitura dos artigos 20 e 21, do Código Civil, o que se pode compreender é que a vida privada é priorizada pelo Código em relação a outras liberdades, o que poderia ferir o exercício de liberdades garantidas constitucionalmente (TEPEDINO, 2016, p. 27).

Assim, surgem questionamentos problemáticos, pois para Fachin (2016, p. 105) este dispositivo simboliza uma opção desvinculada de constitucionalidade que o legislador fez deixando de lado outros direitos que são previstos constitucionalmente e tão importantes quanto o direito à privacidade. Essa preferência atribuída pelo legislador, não leva em conta particularidades que permeiam o contexto desses direitos, razão pela qual necessita ser desconsiderada quando se analisa a Constituição.

Frise-se que não se está a mencionar que os direitos à personalidade são menos importantes que o direito à liberdade ou a demais direitos, mas o que se tem por objetivo expor, é que a proteção resguardada pelo artigo 20, acabou dando um caráter quase absoluto à personalidade em detrimento de outras questões.

Segundo a análise feita por Gustavo Tepedino (2013, p. 306), no que tange à privacidade individual, "para o direito civil contemporâneo, em contrapartida, deve-se compreender a privacidade não mais como o direito estático de estar só, senão em perfil dinâmico, despida do paradigma da propriedade".

No caso das biografias, o Código Civil atribuiu ao direito da personalidade uma posição quase absoluta de permanência deste em relação a outros direitos, o que acabaria por trazer consequências ao exercício de direitos que também são fundamentais, razão pela qual o artigo 20, do referido diploma é considerado inconstitucional (FACHIN, 2016, p. 103).

Afirmar que o artigo 20, do Código Civil é constitucional seria uma afirmação de que existe apenas uma possibilidade capaz de responder aos reclamos que

envolvem o direito à livre expressão e à vida privada daquele que é sujeito a uma biografia. Por conseguinte, estar-se-ia tornando absoluto o direito à intimidade, conflitando assim, com a ordem constitucional pátria (FACHIN, 2016, p. 105).

Na ADI<sup>[2]</sup> 4.815 a parcela que entendia pela inconstitucionalidade do dispositivo, afirmou que a necessidade de autorização prévia para a publicação do material bibliográfico constituía verdadeira censura. A Associação Nacional de Escritores Literários alegou que as biografias publicadas sem autorização deveriam ser uma exceção, pois fatos narrados por um “protagonista” não costumam ser fiéis à realidade (CUNHA, 2018, p. 99).

No julgamento da referida ADI<sup>[3]</sup>, o STF atribuiu aos artigos 20 e 21, do Código Civil, uma compreensão diversa da que é expressa originalmente pelo texto. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Suprema Corte entendeu que o texto deve ter correlação com a Constituição, afirmando direitos que são por esta tutelados (TEPEDINO, 2016, p. 26).

A desautorização expressa no artigo 20, tem por finalidade a proteção da personalidade do indivíduo. Para Roberto Dias (2012, p. 218-219) a vedação parece ser um meio razoável para alcançar o fim desejado. Ocorre que analisando apenas sob esse prisma, acaba-se por ignorar o exercício da liberdade de expressão, com isso “a interpretação da lei civil que ignora esses valores causa desvantagens superiores aos benefícios que proporciona”.

Muito embora existam direitos relacionados à personalidade – e muito importantes para a efetivação da dignidade da pessoa humana – não se pode deixar de abarcar e respeitar outros direitos que também são inerentes ao indivíduo. Ao que parece, o Código Civil prestigia o direito à personalidade em detrimento do direito à liberdade e a análise seguinte gira em torno desse assunto.

### **3 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

O Código Civil criou embaraços muito intensos à publicação de materiais que versem sobre a vida e intimidade de uma outra pessoa e com isso, acabou por ignorar a existência de outros direitos que entram em campo, a exemplo da liberdade de expressão, que necessita ser exercida pelo indivíduo, caso contrário estar-se-ia diante de um capítulo de censura de direitos.

O artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal, consagra a liberdade de expressão, mencionando que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

Liberdade de expressão pode ser conceituada como uma a garantia que o indivíduo tem de expressar de forma livre o seu ponto de vista sobre assuntos diversos, e esta expressão não só se realiza verbalmente, mas por diversas formas de comunicação. Vale ressaltar que, é um direito muito protegido e afirmado pelo texto constitucional (ESPÍNDOLA; IVANOFF, 2015, p. 164).

Por mais que a liberdade seja fundamental, é importante ressaltar que se trata de um direito relativo e que o homem, pelo bem-estar social, abriu mão do exercício pleno desse direito, por meio do chamado contrato social. Com isso, entrou em ação a lei, de modo a garantir que o direito de um indivíduo não prejudicasse o de outro (CUNHA, 2018, p. 94).

Ana Paula de Barcellos (2014, p. 53) menciona a liberdade de informação como um direito fundamental - o que é previsto constitucionalmente - e menciona que essa liberdade precisa coexistir juntamente com os direitos ligados à intimidade e privacidade, também previstos constitucionalmente.

A liberdade de expressão deve ser exercida, pois caso houvesse censura quanto ao exercício desse direito estar-se-ia diante de um contexto de regressão. No entanto, é evidente que essa liberdade não pode ser exercida de modo descomedido e sem cautela, e sim de forma zelosa e consciente de acordo com as disposições legais (MORENO; AMARAL, 2014).

Para que se possa falar em um Estado democrático de direito é preciso haver mínimas garantias ao indivíduo no que tange ao seu direito de expressão e de posição de acordo com aquilo que entende ser adequado. Frise-se que sem um Estado de usufruto das liberdades individuais, não há que se falar em democracia (ESPÍNDOLA; IVANOFF, 2015, p. 165).

Não há que se falar em um sistema democrático de direito onde não está presente a liberdade de expressão. Rememore-se a década de 1960, época em que se instituiu um regime militar no Brasil - momento em que havia intensa repressão e censura ao exercício de liberdades individuais, especialmente a liberdade de expressão (DIAS, 2012, p. 206).

O acesso direto a diversas fontes de informação é o que possibilita a criação de um pensamento crítico e conhecimento acerca de diversas ideias, não é por outro motivo que a Constituição Federal de 1988 garantiu aos indivíduos o acesso à informação e ao exercício de liberdade de expressão, tendo o direito de não ser censurado em razão disso (DIAS, 2012, p. 207).

No Supremo Tribunal Federal a opinião de alguns ministros quanto ao tema é que proibir a circulação seria uma forma de censura, e seria tornar a desrespeitar direitos tal como feito no passado (SOARES; FREITAS, 2015, p. 93).

O texto da Constituição afasta preceitos que possam criar óbices ao exercício de liberdades individuais, e é justamente por esse motivo que no julgamento da ADPF de número 130, decidiu-se por não recepcionar a anterior Lei de Imprensa, uma vez que essa impedia o exercício de garantias e liberdades individuais que a atual Constituição resguarda (DIAS, 2012, p. 208).

O Poder Judiciário tem utilizado o Código Civil para realizar censuras a biografias que são publicadas sem autorização do biografado, exemplos nesse sentido podem ser extraídos da proibição relativa à publicação da biografia de Garrincha, jogador de futebol, que, no entanto, teve a decisão modificada, e, o caso do cantor Roberto Carlos, esse último tem a biografia censurada desde o ano de 2007 (MORENO; AMARAL, 2014).

A criação de óbices para a publicação de biografias sem a autorização de quem está sendo biografado - ou de seus entes, em caso de morte -, fere a liberdade de informação, uma vez que escolhe situações que são passíveis de divulgação e em contrapartida renuncia o exercício da livre expressão ao proibir a publicação de informações malquistas pelo sujeito ou sua família (TEPEDINO, 2013, p. 300).

O autor Roberto Dias (2012, p. 210-211) expõe de forma muito conclusiva que quando o Estado permite a publicação de textos em que se conhece apenas uma versão da história, certamente a democracia acaba sendo ferida. Nestes termos:

Portanto, ao admitir apenas as publicações de biografias autorizadas pelos biografados ou seus herdeiros, o Estado brasileiro admite a censura privada, suprime o pluralismo, garantido pelo art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, impõe a visão única – a do biografado – e afeta o regime democrático (DIAS, 2012, p. 210-211).

Uma vez que a liberdade de expressão é elemento essencial em um Estado Democrático de Direito, é preciso ponderar que ela não é absoluta e, portanto, possui limitações em seu desempenho, pois um exercício desmedido dessa liberdade pode trazer prejuízo ao exercício de outros direitos (MORENO; AMARAL, 2014).

Frise-se que se expressar da maneira como bem lhe convém e sem ponderação ou ressalvas, não constitui liberdade de expressão. Excesso no exercício desse direito ou imoderações geram para o indivíduo o direito de ser reparado pelo dano, pois o direito busca a justiça, e esta não se efetiva tomando-se um direito como absoluto e criando prejuízo a um outro (SOARES; FREITAS, 2015, p. 93).

Seixas e Souza (2016, p. 457) entendem que deve ser dada vantagem à liberdade de expressão em relação à privacidade, pois esta – assim como os direitos à personalidade – também possui resguardo no texto constitucional.

Para a análise do tema, não se pode fugir de uma análise constitucional, uma vez que entram em conflito direitos fundamentais do indivíduo. Desse modo, deve haver uma análise acurada a fim de evitar ofensa à direitos que são inerentes ao indivíduo.

#### **4 UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Quando direitos tão importantes entram em conflito, torna-se necessária a análise em torno da temática a fim de que, verificando-se os limites impostos resolva-se qual direito deve prevalecer no caso concreto.

Quanto maiores forem as hipóteses de exploração do direito à liberdade alheia, maior se torna a possibilidade de que esse direito seja atingido e, por conseguinte, ferido e é justamente a partir dessa questão que se torna possível a discussão do tema relativo às biografias que são publicadas sem autorização, uma vez que atinge a privacidade alheia (LIRA, 2014, p. 70-71).

Pela leitura dos artigos 20 e 21, do Código Civil, o que se pode compreender é que a vida privada é priorizada pelo Código em relação a outras liberdades, o que poderia ferir o exercício de liberdades garantidas constitucionalmente (TEPEDINO, 2016, p. 27).

Os direitos fundamentais, embora de profunda importância, não são absolutos, mas possuem limitações quanto ao exercício; a análise da proporcionalidade é justamente um limite a direitos fundamentais. No entanto, menciona-se que “a restrição somente é aceita quando não atingir o núcleo essencial do direito fundamental” (ESPÍNDOLA; IVANOFF, 2015, p. 171).

Quando há conflito entre direitos à liberdade de expressão e intimidade, passa-se por uma ponderação em que ao final é analisado qual direito prevalece no caso concreto, nesse sentido mencionam José Antonio Remédio e Jordana Maria Mathias dos Reis (2018, p. 128):

[...] no caso das biografias não autorizadas existe uma tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o direito à liberdade de expressão deve prevalecer sobre o direito à intimidade, inclusive porque este direito está intimamente ligado ao direito à memória coletiva, que mantém o direito de os cidadãos terem acesso às informações para preservar uma memória social. Todavia, é necessário ressaltar que as informações devem ser relevantes para a sociedade, não podendo, por isso, estar relacionadas apenas ao atendimento de mera curiosidade (REMÉDIO; REIS, 2018, p. 128).

Havendo conflito, o ordenamento tem a possibilidade de determinar critérios e opções de escolha, sem conferir a um dos direitos certa superioridade em relação ao outro, uma vez que são fundamentalmente previstos no texto constitucional (BARCELLOS, 2014, p. 81).

Importante mencionar o julgamento do Habeas Corpus<sup>41</sup> em que entrou em conflito a liberdade de expressão do indivíduo diante da difusão de material de conteúdo racista. Nessa ocasião, julgou-se pela não concessão do pedido de liberdade, uma vez que a Corte entendeu que se tratava de conteúdo com finalidade criminosa, e não apenas a fim expressar uma opinião ou um pensamento (TEPEDINO, 2016, p. 34-35).

No caso Siegfried Ellwanger, o que ficou expresso pela Suprema Corte é que “a liberdade de expressão jamais pode ser previamente tolhida e que, quando abusiva, se ocultar propósitos criminosos, estes serão desvendados, voltando-se o Judiciário, de forma rigorosíssima [...] para a repressão da conduta nociva” (TEPEDINO, 2016, p. 35).

Esse caso vem mostrar que muito embora a liberdade de expressão seja um direito fundamental priorizado quando do julgamento de muitos casos, nem sempre será priorizada, e nesse caso especificamente, o Tribunal entendeu haver finalidades que iam além da liberdade de expressão, mas que afetava outras órbitas.

Poderia haver autenticidade no caso Ellwanger se não houvesse qualquer intuito cometer crimes por meio de seus relatos e publicações, neste sentido:

O caso em análise é mesmo paradigmático: estivesse o senhor Ellwanger no exercício regular da atividade editorial, sem o propósito criminoso, suas publicações seriam legítimas ainda que ferissem, por seu conteúdo, a personalidade daqueles

diretamente atingidos pelo preconceito, ou, pior, daqueles que sofreram, na própria carne, a ação hedionda do nazismo. Nos limites da liberdade de expressão, os danos que aqui fossem perpetrados não seriam considerados, tecnicamente, injustos, sendo certo que o deplorável livro de Adolf Hitler, *MeinKampf*, se encontra disponível nas livrarias nacionais, traduzido provavelmente em todos os idiomas dos países democráticos (TEPEDINO, 2016, p. 35-36).

Conforme menciona Melina GirardiFachin (2016, p. 103) a liberdade para se expressar, bem como os direitos relacionados à personalidade, coexistem dentro de uma relação mútua, mas que também é envolta por limites.

No julgamento da ADI 4.815, a Ministra relatora limitou o direito à intimidade e privacidade e fortaleceu a liberdade de expressão, evitando incorrer em censura. Para tanto, utilizou em seu raciocínio os critérios de ponderação apresentados por Robert Alexy (ESPÍNDOLA; IVANOFF, 2015, p. 172-173).

Roberto Dias (2012, p. 208-209) menciona que no julgamento da ADPF 130, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que o texto da Constituição quando consagrou a liberdade na manifestação de pensamento, priorizou esse direito em relação à privacidade do indivíduo, e complementou mencionando que o Estado não é responsável por estabelecer o que deve e o que não deve ser falado na sociedade.

Devem ser sopesados os benefícios e malefícios decorrentes da limitação de cada um dos direitos, quais sejam, liberdade de expressão e privacidade (ESPÍNDOLA; IVANOFF, 2015, p. 172-173).

Já a autora Melina GirardiFachin entende que não há um sopesamento dos direitos, e sim uma escolha de qual direito deve prevalecer de acordo com o caso concreto e de acordo com as disposições previstas na Constituição (FACHIN, 2016, p.103).

Um grande impedimento quanto à publicação das biografias que não permitidas se encontra no artigo 20, do Código Civil. Nesse caso, é importante analisar se o referido artigo viola a proporcionalidade, devendo-se analisar, portanto, se há adequação dos meios utilizados para atingir determinado fim. Ainda, é preciso analisar se há necessidade da tomada da medida e por fim ponderar se é legítima a interferência na vida do indivíduo (DIAS, 2012, p. 216 -217).

A crítica mais problemática e intensa que é feita quanto ao artigo 20 é de que este dispositivo iria contra o direito à informação (de transmiti-la) – corrente apoiada por alguns que entendem ser justificável a circulação de notícias e imagens em razão do interesse da sociedade (CUNHA, 2018, p. 102).

O magistrado fazendo a análise de critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico terá a possibilidade de solucionar o confronto entre as normas no caso concreto. Frise-se que “a diferença fundamental entre os autores é a ênfase maior ou menor no caráter excepcional da tutela específica – isto é, a proibição de divulgação – como forma de lidar com o conflito” (BARCELLOS, 2014, p. 81).

Não há um direito que se apresenta superior ao outro, mas o que se pretende é encontrar um ponto comum e de justiça na aplicação de um ou outro direito, a fim de que se impeça a publicação de notícias íntimas e que não haja acobertamento de questões que são importantes para a sociedade (MOURA; OLIVEIRA, 2015, p. 86).

Frise-se que o conflito entre a intimidade e o direito da sociedade de se ver informada ganha contornos ainda mais conflituosos quando se trata da publicação de uma biografia que revela traços muito íntimos da vida pessoal de um terceiro (CUNHA, 2018, p. 95).

Conforme mencionado, quando do conflito entre direitos de tão grande importância, são feitas análises através da aplicação de critérios, em que se decide qual direito deve prevalecer no caso concreto. Adiante, serão verificadas algumas limitações aos direitos fundamentais (liberdade de expressão e vida íntima) que ganham enfoque especial neste trabalho.

## **5 DOS LIMITES IMPOSTOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS**

O direito a se expressar livremente é passível de limitações no contexto em que surgem inúmeros desacordos quando do exercício de outros direitos que possuem a mesma importância (previstos na Constituição). Esses limites existem a fim de tornar viável a coexistência de direitos que muitas vezes são considerados antagônicos (FERREIRA, 2018, p. 50).

Importante ainda mencionar que, há disposição legal expressa quanto às limitações impostas a essas liberdades quando o indivíduo se excede nesse exercício. Nesse sentido, são indicados “alguns instrumentos, que disciplinam formas de limitações, podendo citar a vedação ao anonimato, o direito de resposta, bem como a possibilidade de indenização [...]” e isso com a finalidade de indenizar caso ocorra algum dano ao indivíduo (MORENO; AMARAL, 2014).



Nesse sentido, mencione-se o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988).

Quanto ao conflito existente entre a liberdade de expressão e a intimidade, é de rigor mencionar que “existem limites prévios do que pode ser falado”, pois caso assim não fosse, haveria uma presunção de que o indivíduo poderia causar dano quando quisesse, desde que indenizasse o outro pelo dano causado (FACHIN, 2016, p.106).

Espíndola e Ivanoff (2015, p. 174) expõem o entendimento do Ministro Luiz Roberto Barroso no que toca à ADI 4.815 ao mencionar em sua fundamentação que “exigir autorização prévia para a produção de biografias ocasionaria um desestímulo à produção de obras biográficas, um incentivo à proliferação de biografias tendenciosas e um comprometimento da história e da memória nacionais”.

Caso o indivíduo se sinta prejudicado pela publicação de determinado conteúdo, é assegurado a ele o direito recorrer ao Poder Judiciário a fim de que se utilize dos mecanismos necessários e capazes de reparar os prejuízos que lhe foram ocasionados (SOARES; FREITAS, 2015, p. 93).

A regra referente ao artigo 20 é de que a publicação de determinado conteúdo, disseminação ou exibição de assuntos sobre determinada pessoa são passíveis de proibição (caso o sujeito exija) nas situações em que: houver ofensa à sua honra, reputação e dignidade, ou quando da difusão dessas informações existir finalidade comercial (CHINELLATO, 2015, p. 213).

Gustavo Tepedino menciona uma interpretação que pode ser atribuída ao artigo 20, do Código Civil. Nestes termos:

A dicção literal desse dispositivo, associada ao disposto no art. 21 do Código Civil, que autoriza ao juiz a cessar ameaças à privacidade, atribuiria ao magistrado o poder de proibir, mediante valoração subjetiva, a divulgação de qualquer informação que potencialmente pudesse prejudicar a privacidade, aniquilando o trabalho jornalístico e a publicação de biografias, condicionadas ao prévio assentimento do biografado ou de seus familiares, na hipótese de pessoa falecida (TEPEDINO, 2013, p. 302).

Situações em que o publicador tem por objetivo a transmissão de informações negativas e inexatas, com o dolo de gerar dano, são as que possuem devido amparo pelos artigos 20 e 21, do Código Civil, o que estabelece certa relação com o texto da Constituição (TEPEDINO, 2016, p.37) e, por conseguinte, acabam constituindo limitação à liberdade de expressão.

Em determinados casos o Poder Judiciário tem a possibilidade de fazer controle jurisdicional no que tange à liberdade de expressão e, essas ocorrências podem ser permitidas, quando há abuso no exercício da referida liberdade (situação em que se publica propositalmente algum dado conhecidamente falso e que atente contra a honra daquele que está sujeito à biografia). Nesses casos, pode haver indenização, bem como decisão contra a publicação da obra, circunstância essa em que há intervenção sem necessariamente haver censura (DIAS, 2012, p. 220).

Em razão da liberdade de expressão não se tratar de um direito absoluto, é importante ressaltar o que mencionam Moreno e Amaral (2014) ao aduzirem que “a liberdade deve ser exercitada com responsabilidade, se estabelecendo a partir de princípios e regras estabelecidas no ordenamento jurídico” – caso contrário, pode-se incorrer em dano à personalidade do indivíduo, sendo, portanto, aplicável o que dispõe o Código Civil quanto à proteção desse bem.

A Constituição apresenta restrições ao direito de se expressar livremente quando proíbe o anonimato e determina que o indivíduo tem direito de ser indenizado quando é lesado, assim como protege “o direito de resposta, o direito à honra e o direito à privacidade”, uma vez que o exercício dessa liberdade por uns indivíduos pode ocasionar prejuízos a outros (FERREIRA, 2018, p. 49-50).

Frise-se que o indivíduo ao usar de sua liberdade de expressão deve se ater a limites que são impostos quando do exercício desse direito, devendo sempre respeitar princípios “morais, éticos e sociais, para que não cause danos a outrem” (FERREIRA, 2018, p. 49).

Quando existe um conflito entre dois direitos tão importantes torna-se necessária a análise de alguns critérios, que se baseiam “na análise de alguns pontos relevantes da notícia veiculada, a saber, a relevância da informação, o interesse público e a legitimidade da matéria” (LIRA, 2014, p. 82) – tornando-se essas questões, preceitos que orientam quando do conflito entre esses direitos.

Assim ficou firmado no entendimento exposto pelo Supremo Tribunal, ao mencionar que se deve considerar se os fatos expostos nas biografias publicadas sem autorização possuem alguma importância e/ou interesse para a sociedade (SOARES; FREITAS, 2015, p. 93).

Na compreensão de Lira (2014, p. 85) mesmo havendo contato do público com essas informações, passa a ser necessária a conservação dos fatos que não possuem relevância pública. Com isso, a grande problemática passa a residir na distinção entre o que é de relevância pública e o que passa por mera curiosidade do povo.

Para Chinellato (2015, p. 215) uma informação verdadeiramente revestida de interesse público, é aquela que trata a respeito de saúde, seguridade, cautela para evitar notícias que afetem ou enganem a convicção do povo, bem como a finalidade dada ao dinheiro público.

Dessa forma, a fim de que essas biografias que são publicadas sem autorização fossem tidas como fruto da liberdade da expressão seria necessário o cumprimento de exigências como “relevância, interesse e legitimidade”, que, no entanto, não é de costume acontecer (LIRA, 2014, p. 83).

A autora dá continuidade ao raciocínio dizendo que não existe interesse da coletividade em um assunto que diz respeito a questões tão íntimas do indivíduo e ainda menciona não haver legitimidade em um arquivo que contém memórias de um terceiro que nem mesmo concordou com a circulação do material (LIRA, 2014, p. 83).

Em contrapartida, a restrição de publicação apenas diante da autorização anterior constitui censura (o que é evidentemente proibido pelo texto constitucional), mas não se pode deixar de mencionar que, por outro lado, o uso descomedido e abusivo da liberdade de expressão não é aceitável (SOARES; FREITAS, 2015, p. 93).

Frise-se ainda, que o exercício da liberdade de expressão encontra limites em expor o que é verdadeiro em relação à história que se conta, e desta forma, não pode haver a circulação de informações que não tenham relação com o que é verídico (SEIXAS; SOUZA, 2016, p. 455).

É importante dizer que condicionar a publicação das biografias à anuência do biografado, certamente prejudica a produção do trabalho literário e reduz significativamente o direito à informação – tanto no sentido da transmissão da informação quanto no da recepção desta (SOARES; FREITAS, 2015, p. 93) – logo, publicar um texto apenas com a anuência, acaba constituindo mais um limite à liberdade de expressão.

É válido mencionar que o direito à informação não permite um exercício que vai de encontro com a lei ou com a moral, e, caso esse direito seja exercido

excedendo limites, quem é lesado pode se utilizar de instrumentos judiciais para refrear e limitar o exercício dessa liberdade (MOURA; OLIVEIRA, 2015, p. 86).

No caso de ponderação entre os direitos fundamentais, entende-se pela prevalência da informação e circulação de biografias sem autorização, porém deve haver análise anterior caso a publicação resulte em ultraje a grupos minoritários, e este teor segue a “Convenção Interamericana de Direitos Humanos”, justamente porque a estas minorias é dado um tratamento diferenciado de cautela preventiva (MOURA; OLIVEIRA, 2015, p. 92).

Portanto, de acordo com o que fora abordado, verifica-se que os tribunais, especialmente a Suprema Corte, tem afastado a obrigatoriedade de anuência para a publicação de biografias a respeito da vida de determinadas pessoas.

Assim, embora não seja exigível a autorização do biografado para que se ponha em circulação determinada obra, não fica, entretanto, prejudicada para ele a possibilidade de recorrer ao judiciário a fim de ser indenizado; de igual modo, o biografado pode exercer o conhecido direito à resposta, bem como é possível a tomada de outras providências mais extremas (FACHIN, 2016, p. 108).

A ausência de autorização não afasta possível direito à indenização quando o biógrafo se exceder, tendo então, o dever de reparar o dano causado, quando os fatos expostos, ainda que “verdadeiros ou verossímeis, não tenham pertinência com os aspectos da vida do biografado que fundamentam sua notoriedade ou relevância” (CHINELLATO, 2015, p. 227).

Importante mencionar que, esse direito à intimidade – protegido formalmente pela Constituição – garante o direito à indenização, ainda que se trate de uma ofensa apenas na esfera moral (LIRA, 2014, p. 74).

A aplicação de limites pode se caracterizar como uma proteção especial à privacidade, e por meio dessa proteção são evitados desrespeitos a esse direito, através da aplicação de restrições quando determinado ato ofende a honra e a vida privada, bem como garante proteção repressiva - a exemplo de indenização - que serve para aplacar possíveis ofensas ocasionadas ao direito fundamental alheio (MOURA; OLIVEIRA, 2015, p. 88).

Não é possível afirmar que o indivíduo que é figura pública – tão somente por conta disso – deixa de lado a sua intimidade e, portanto, não faz jus à proteção desse direito. Frise-se que, se trata de direito fundamental e assim, possui como característica a indisponibilidade (LIRA, 2014, p. 80).

Para Cunha (2018, p. 106) reduzir direitos de personalidade de um indivíduo em razão de ser uma figura muito exposta, se equipara a compreensão de que se tratam de pessoas que são poucos dignas da proteção do Estado. A isonomia é um princípio garantidor de igualdade a todos, ainda para aqueles que possuem um espaço na sociedade diferenciado (CUNHA, 2018, p. 106).

Na compreensão de Silmara Juny de AbreuChinellato (2015, p. 229-230), quando a circulação de uma obra versar a respeito da vida pessoal de uma figura pública e houver interesse público sobre isso, não haverá necessidade de autorização anterior para a publicação do material, no entanto, quem veicula o material pode ser responsabilizado na esfera civil, caso dessa obra decorra algum dano.

Ora, caso ocorra qualquer situação vexatória decorrente da publicação do texto, desabonando ou denegrindo a imagem do biografado, é mister a aplicação de uma indenização a fim de reparar os danos que foram ocasionados, bem como que seja extirpada da biografia a parte que gerou prejuízo à imagem do indivíduo, sendo inadmissível a circulação da obra por completo (SEIXAS; SOUZA, 2016, p. 455).

Muito embora o Estado seja contra a censura, deve ir muito além disso, isto é, atuando de modo a garantir que não ocorra um monopólio de ideias únicas e parciais impostas pelos meios de comunicação, bem como evitando a difusão de apenas um ponto de vista que agrade somente parcela da população. Frise-se, o Estado, sobretudo, deve atuar a fim de evitar que “os meios de comunicação social [...] sejam objeto de monopólio ou oligopólio” (DIAS, 2012, p. 210).

Quanto aos limites impostos à liberdade de expressão são feitas importantes considerações pelos autores Mendes e Branco (2012, p. 307-308) *apud* Seixas e Souza (2016, p.445) onde: “a liberdade de expressão [...] poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano [...]”.

Moreno e Amaral (2014) mencionam que, na Constituição há previsão no sentido de que quem vier a sofrer danos causados por aqueles que põem em circulação alguma biografia sem autorização, podem ser indenizados quando se tratarem de situações que atentem contra a honra pessoal. Para os autores, esses meios são capazes de afrontar abusos de direito, sem necessariamente haver uma censura.

## CONCLUSÃO

Biografias não autorizadas versam sobre a vida de alguém que ganhou importância social no decorrer do tempo e que, portanto, passa a existir certa relevância em haver uma história escrita a seu respeito.

O respeito à intimidade e à privada envolvem justamente a temática da publicação de biografias não autorizadas, uma vez que a circulação de informações que tocam a esse assunto afeta justamente a privacidade de cada indivíduo, podendo gerar, a depender do caso, direito à indenização.

A questão é que muitas vezes entra em conflito a garantia de intimidade e privacidade com a liberdade de expressão de um outro indivíduo que faz circular informações relativas à vida daquele. É nesse contexto que entra em discussão qual direito deve prevalecer e até qual limite pode ser exercido o direito à liberdade de expressão daquele que veicula informações.

A liberdade de expressão deve ser usada de modo racional e equilibrado, pois não se pode dizer o que se quer desde que, posteriormente, se indenize o indivíduo caso necessário, mas, sobretudo, deve essa liberdade ser revestida de ética e moral, de modo a evitar que sejam ocasionados possíveis prejuízos a outrem.

A colocada em circulação de determinado conteúdo a respeito da vida de outra pessoa não pode deixar de respeitar à figura do indivíduo – ainda que se trate de uma pessoa pública – devendo, desse modo, evitar a geração de um dano.

Caso a informação ou a biografia resulte em dano ao biografado, pode ele recorrer ao Poder Judiciário a fim de se ver reparado, bem como pode requerer a aplicação dos meios necessários postos à sua disposição pela Constituição a exemplo, da indenização e do direito de resposta.

Sempre ocorrerá conflitos na seara de direitos fundamentais, mas o que não se pode é de imediato dar prevalência a um direito, deixando-se o outro à mercê. Deve-se sempre que necessário recorrer a métodos de ponderação a fim de analisar quais direitos devem prevalecer em casos concretos.

De acordo com o que fora abordado, ficou visível que o direito à liberdade vem sendo escolhido pelos tribunais como primordial e prevalecendo em boa parte dos casos concretos de modo a evitar a censura do Poder Judiciário. No entanto, ainda que sopesado e aplicado, deve-se mencionar que não se trata de um direito absoluto, mas que possui critérios limitadores, que em caso de violados, geram direito à indenização.

Não é por vir sendo escolhida em casos concretos que a liberdade de expressão ganha maior importância, mas em razão de uma análise de prevalência e das contribuições sociais que podem decorrer da escolha de determinado direito.

Com isso, frise-se, a liberdade de expressão, assim como a intimidade que é resguardada ao se proibir a publicação de biografias sem autorização, são direitos fundamentais de intensa importância na esfera de proteção do indivíduo, sendo por consequência, direitos relativos e de caráter indisponível.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória [online]. **Revista Direito Público**. v. 11, n. 55, jan/fev 2014, p. 47-91. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2372>> Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP), 2014.

CHINELLATO, S. J. A. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão, outros direitos da personalidade e direito de autor [online]. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**. Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (12 a 16 de Maio de 2014). Portugal: 2015, ano 1, n. 1, p. 205-238. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015\\_01\\_0205\\_0238.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0205_0238.pdf)> Acesso em: 13 set. 2019.

CUNHA, B. A. G. A publicação das biografias não autorizadas sob a ótica dos direitos fundamentais e da personalidade [online]. In: MARTINS, Rafael Lara; COELHO, Saulo Pinto (Coord). **Direito privado nos 30 anos da Constituição**: experiências e desafios no âmbito das relações privadas na sociedade brasileira. 1. ed. Florianópolis: TirantLoBlanch, 2018.

DIAS, R.. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas [online]. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.]: n. 41, jul/dez, 2012, p. 204-224. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/161>> Acesso em 30 ago. 2019

ESPÍNDOLA, A. A. S.; IVANOFF, F. Do caso Ellwanger à ADI 4.815: as restrições aos direitos fundamentais e o exemplo da liberdade de expressão [online]. **Argumenta Journal Law** (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho: n. 23, jul 2015/jan 2016, p. 159-182. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/675>> Acesso em 30 ago. 2019

FACHIN, M. G. As biografias não autorizadas e a ilegitimidade da ficção [online]. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**. v. 2, n. 1, jan/jun. 2016, p. 97-111. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5771534>> Acesso em: 03 set. 2019.

FERREIRA, T. M. **Liberdade de expressão, direito à intimidade e as biografias não autorizadas** [online]. p. 73. Monografia (Curso de Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. São Paulo: 2018. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/7435>> Acesso em: 18 set. 2019.

KUNDE, B. M. M.; ADOLFO, L. G. S. **Biografia Não Autorizada Versus Liberdade de Expressão** [online], de José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. Machado M. Machado e Antônio Pereira Gaio Júnior. EJJL, Chapecó, v. 15, n. 2, p.481- 488, jul. 2014.

LIRA, J. C. Considerações sobre a questão das biografias não-autorizadas: uma análise civil-constitucional dos limites do direito fundamental à intimidade e a vida privada versus o direito de liberdade de expressão [online]. In: COSTA, A. P. C. A. et al. (org.). **Anais do 2º Seminário do Instituto de Pesquisa e Extensão: perspectivas e desafios de humanização do direito civil-constitucional: rediscutindo a humanização do direito civil**; 20 a 22 de março de 2014. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014, p. 69-87. Disponível em: <<http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2014/10/ANAIS-COMPLETO-DO-IDCC-1.pdf#page=69>> Acesso em: 13 set. 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORENO, L. F. P.; AMARAL, S. T. Biografias não autorizadas: uma análise jurídica [online]. In: ETIC – Encontro de Iniciação Científica. **Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente**. S.I: v. 10, n. 10, 2014. ISSN



21-76-8498. Disponível em:  
<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4172>>  
Acesso em 01 set. 2019.

MOURA, E. A. C.; OLIVEIRA, D. F. T. C. O conflito entre os direitos fundamentais a intimidade e a informação na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF: o caso das biografias não autorizadas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**. [S/l]: n. 22, 2015, p. 77-94. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/351>> Acesso em: 13 set. 2019.

REMÉDIO, J. A.; REIS, J. M. M. Direito à intimidade versus direito à liberdade de expressão: publicação não autorizada de biografia de pessoa pública ou famosa. **Meritum**, Universidade Fumec. Belo Horizonte: v. 13, n. 2, jul./dez. 2018, p. 109-130. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6029>> Acesso em: 13 set. 2019.

SEIXAS, B. S.; SOUZA, R. K. S. S. Biografias não autorizadas conflito entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade [online]. **Revista Quaestio Iuris**. v. 09, n. 01. Rio de Janeiro: 2016, p. 441-459. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18397>> Acesso em: 03 set. 2019.

SOARES, C. R.; FREITAS, E. H. O direito à liberdade de pensamento e expressão: o conflito presente no caso das biografias não autorizadas [online]. **Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho**. Montes Claros: v.5, n. 2, 2015, p. 89-93. Disponível em: <[https://fasa.edu.br/assets/arquivos/files/Fas@Jus%20v\\_5,%20n\\_2\\_%202015.pdf#page=89](https://fasa.edu.br/assets/arquivos/files/Fas@Jus%20v_5,%20n_2_%202015.pdf#page=89)> Acesso em: 13 set. 2019.

TEPEDINO, G. Direito sobre biografias no Brasil [online]. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 262, jan./abr. 2013, p. 299-316. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8909/7815>> Acesso em: 30 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas [online]. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba: v. 61, n. 2, mai/ago 2016, p. 25-40. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46157>> Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>[1]</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade

<sup>[2]</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade

<sup>[3]</sup> Nº 4.815

<sup>[4]</sup> Habeas Corpus nº 82.424/RS em que figurava como impetrante Siegfried Ellwanger.

## NOVOS ASPECTOS LEGAIS REFERENTES A POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO

**VALMIR GOMES DO MONTE:** Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Delegado de Polícia Civil em Pernambuco.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo discutir a recente legislação no que se refere a alterações que facilitaram a posse e o porte de arma de fogo.

**Palavras chaves:** registro de arma de fogo, posse de arma de fogo, porte de arma de fogo, novos requisitos, efetiva necessidade, calibres permitidos, calibres restritos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Nova nomenclatura e facilitação para o registro e posse de arma de fogo. 3. Recentes Entendimentos jurisprudências sobre o tema. 4. Conclusão.

---

### 1. INTRODUÇÃO

A lei 10.826/2003 conceituou registro, posse, porte e crimes referentes a arma de fogo, e em seu art. 23 previu o disciplinamento da matéria por parte do Poder Executivo, conforme proposta do Comando do Exército. Os principais decretos que regulam essa lei foram recentemente publicados no mês de junho do corrente, decretos 9.845/2019, 9.846/2019 e 9.847/2019; percebe-se, de acordo com os novos ordenamentos, uma diminuição da dificuldade para registrar, possuir e portar uma arma de fogo, o que vem também se refletindo em recentes jurisprudências.

### 2. NOVA NOMENCLATURA E FACILITAÇÃO PARA O REGISTRO E POSSE DE ARMA DE FOGO.

Com a edição dos decretos surgiram novos conceitos no que se refere a armas de fogo, uma nova classificação foi utilizada denominando haver armas de Porte, Portáteis e não Portáteis.

No art. 2º, incisos VII, VIII e XI, do decreto 9.845/2019 encontramos que:

VII- arma de fogo de porte – as armas de dimensões e peso reduzidos que podem ser disparadas pelo atirador usando apenas uma de suas mãos, a exemplo de pistolas, revólveres e garruchas.

VIII- arma de fogo portátil- as armas de fogo que, devido a suas dimensões ou ao seu peso, podem ser transportadas por uma pessoa, tais como fuzil, carabina e espingardas

XI- armas de fogo não portátil- as armas que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, precisam ser transportadas por mais de uma pessoa

Duas grandes novidades trazidas pelo decreto 9.845/2019 fazem menção ao aumento da energia cinética no final do cano permitindo que alguns calibres(conforme listado na Portaria 1.222 de 12 de agosto de 2019) antes restritos agora passem a ser permitidos atendidos aos requisitos legais; a outra grande novidade foi a apresentação da declaração de efetiva necessidade para aquisição e registro de arma de fogo.

No art. 2º do decreto 9.845/2019 há a previsão de que a arma de porte e de portáteis de alma raiada serão de uso permitido se a energia produzida pelo projétil no final do cano não ultrapassar á seiscentos e vinte joules. Se ultrapassar esse limite ou se for não portátil será considerada de uso restrito.

Interessante notar que com relação as armas de alma lisa, não há menção no citado decreto quanto a energia do projétil o que leva a interpretação de que não haverá restrição.

As armas proibidas, ainda segundo esse decreto, seriam aquelas disfarçadas como por exemplo uma caneta que dispara projeteis e também aquelas proibidas devido acordos e tratados internacionais.

Com esse aumento da energia alguns calibres que antes eram considerados restritos passaram a ser permitidos tais com .40, 357 Magnum e 45 colt.

Para um aprofundamento sobre os calibres permitidos vide Portaria nº 1.222 de 12 de agosto de 2019 onde consta o calibre nominal, a energia e a classificação entre permitido e restrito.

Para aferimento da efetiva necessidade, de acordo com o decreto 9.845/2019, basta a declaração, isso facilitou a posse de arma de fogo registrada, antes havia um juízo discricionário para entendimento sobre a real necessidade. Podemos afirma que houve uma facilitação para a posse de arma de fogo e o aumento significativo do poder de fogo das armas de uso permitido, sendo observados, é claro, outros requisitos legais previstos notadamente no artigo 3º do citado decreto.

Houve um aumento do prazo de validade do registro que passou a ser de dez anos, segundo 2º do art. 4 do decreto 9.845/2019.

Vale mencionar o art. 57 do decreto 9.847/2019 que prevê que no prazo de 60 dias serão apreciados pela Polícia Federal, Exército, Sinarm e Sigma. Transcorrido esse prazo sem deliberação serão considerados aprovados tacitamente. Contudo poderão ser cassados se forem encontradas irregularidades posteriormente se houverem preenchidos os requisitos legais.

A lei 13.870/2019 alterou o art. 5º da lei 10.826/2003 de modo a permitir a posse da arma de fogo em toda extensão do imóvel rural, o que em tese significa que havendo o registro correto da arma vai ser possível portar a mesma nos limites da propriedade.

O Decreto 10.030 de 30 de setembro de 2019 que alterou parte do decreto 9.845/2009 permitindo a diversas carreiras na área de segurança pública, dentre elas a polícia, a possibilidade de adquirir armas de fogo de uso permitido ou restrito não havendo necessidade de comprovar a inexistência de inquérito policial ou processo criminal.

Recentemente nova alteração na legislação permitiu ao cidadão a possibilidade de solicitar à Polícia Federal autorização para comprar uma arma importada sem CR(Certificado de Registro de arma de fogo para as atividades de tiro desportivo, caça ou coleção), conforme previsto na EB10-N-03.002 aprovada pela portaria nº 1.729 de 29 de outubro de 2019.

### **3. RECENTE JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA.**

Decisão liminar suspendeu norma da ANAC que restringe a casos específicos o porte de arma de fogo dentro de aviões. Em atendimento a um pedido de liminar interposto pela Adepol(Associação de Delegados de Polícia do Brasil) foi proferida a seguinte decisão:

**D E C I S Ã O** Cuida-se de ação sob o procedimento comum ajuizada por ASSOCIAÇÃO DE DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL – ADEPOL DO BRASIL em face da AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC, objetivando que “seja concedida liminarmente a tutela de urgência pleiteada, para determinar a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC(...)a suspensão imediata da Resolução no 461/2018 (...). Conta que a “a Agência Nacional de Aviação Civil – **ANAC, editou a Resolução no 461/2018, a qual, dentre outras disposições,**

**restringiu e normatizou o embarque armado de policiais de diferentes instituições, dentre as quais os Delegados de Polícia Civil das Polícias Cíveis dos 27 Estados da Federação e Distrito Federal**, alterando a forma como a mesma deve ser feita”, uma que que a “referida norma supramencionada passou a **obrigar os Delegados de Polícia Civil (além de outros policiais civis, militares, rodoviários federais) a entregarem sua arma de fogo a empresa aérea sem os procedimentos anteriormente vigentes, que apenas remetiam a obrigatoriedade de desmuniamento para o embarque na aeronave com porte de arma**”. Alega que a “referida Resolução criou uma restrição que ofende diretamente prerrogativa funcional conferida originariamente pelo legislador federal e pelo próprio Governo Federal a tais categorias de servidores, uma vez que a Lei 10.826/03 e o Decreto Federal 5.123/04 foram expressos em considerar o porte de arma de fogo em todo território nacional como intrínseco à função exercida pelos Delegados de Polícia e demais servidores integrantes de diferentes corporações da área de segurança pública”. É, no essencial, o relatório. Decido. (...) De início, transcrevo, parcialmente, o artigo 6º da Lei nº 10.826/03, que trata, entre outros temas, do registro de armas de fogo: Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os o casos previstos em legislação própria e para: (...) II - os integrantes de órgãos referidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 144 da Constituição Federal e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP); (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017) (...) Verifica-se que, de fato, o porte de arma, no contexto desta demanda, é deferido aos integrantes das carreiras de segurança pública, constituindo verdadeira prerrogativa de seus membros, não estando à mercê de disposições genéricas aplicáveis aos demais cidadãos. Entretanto, a Resolução ANAC nº 461/2018 estipula o seguinte: “Art. 3º. O embarque de passageiro portando arma de fogo a bordo de aeronaves deve se restringir aos agentes públicos que, cumulativamente, possuam porte de arma por razão de ofício e necessitem comprovadamente ter acesso a arma no período compreendido entre o momento do ingresso na sala de embarque no aeródromo de origem e a chegada a área de

desembarque no aeródromo de destino. Art. 4o A necessidade de acesso a arma para fins de embarque limita-se as hipóteses em que o agente público, durante o período mencionado no caput do art. 3o desta Resolução, realiza qualquer das seguintes atividades: I - escolta de autoridade ou testemunha; II - escolta de passageiro custodiado; III - execução de técnica de vigilância; ou IV - deslocamento após convocação para se apresentar no aeródromo de destino preparado para o serviço, em virtude de operação que possa ser prejudicada se a arma e munições forem despachadas. §1o Na hipótese dos incisos I e II do caput, a necessidade de acesso a arma abrange o voo no qual o escoltado efetivamente e transportado. (...) Ocorre que é possível verificar que a prerrogativa inscrita no inciso II do art. 6º da Lei nº 10.826/03 foi reafirmada pela redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017, configurando norma específica posterior à legislação mencionada pela ANAC, com prevalência sobre a regra menos específica anterior, portanto. Com relação aos limites da competência normatizadora das agências reguladoras, invoco os argumentos esposados pela Exma. Ministra Rosa Weber, em seu relatório, quando do julgamento da ADI 4874, no sentido de que “o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador. (...) a norma regulatória deve compatibilizar-se com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. **Seu domínio próprio é o do preenchimento, à luz de critérios técnicos, dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, não o da criação de novos espaços(...).** Além disso, destaco a melhor doutrina sobre o tema, do professor José Afonso da Silva : “**O poder regulamentar não é poder legislativo, por conseguinte não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. (...) Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, usurpação de competências, tornando írrito o regulamento dele proveniente, e sujeito a sustação pelo Congresso Nacional (art. 49, V). Doutrinariamente, pelo menos, o regulamento assemelha-se à lei em seu caráter geral, impessoal e permanente; mas**

**dela se distingue não só por ser diferente o órgão que o estabelece, como por ser uma norma jurídica secundária e de categoria inferior à da lei.** (..) Diante do exposto, DEFIRO a tutela de urgência para suspender, imediatamente, os efeitos da Resolução nº 461/2018 em favor dos associados da impetrante.

BRASIL. 20ª Vara Federal Cível da SJDF. Procedimento Cível nº 1022488-19.2018.4.01.3400. Juiz Renato Borelli. Ação ajuizada pela Associação dos Delegados do Brasil. 2019. Grifo nosso.

Decisão Liminar alarga o porte de arma as guardas municipais. Em ação ajuizada por um partido político foi proferida a seguinte decisão:

(...)Conclui que o porte de arma de fogo, dentro ou fora do horário de serviço, é imprescindível a todos os guardas municipais e não apenas para aqueles que exercem suas funções em capitais ou em Municípios com população superior a 500.000 habitantes, de sorte que, ao conceber restrição discriminatória a esse direito, incorreu o Estatuto do Desarmamento em flagrante inconstitucionalidade. Pede o deferimento de medida cautelar inaudita altera parte, até o julgamento de mérito da presente ação, para suspender a eficácia do inc. IV do art. 6º, bem como das expressões das capitais dos Estados e com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, constantes no inc.III, do art. 6º da Lei nº 10.826/2003, intimando-se o Presidente da República e os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, seguindo-se a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República e, ao final, a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade. É o relatório. Decido(...)

BRASIL. STF. Medida Cautelar Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.948. DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Requerente: Democratas - Diretório Nacional. 2018.

Os julgados acima demonstram uma tendência dos Tribunais de adequar uma interpretação da norma de modo a fortalecer o direito ao porte de arma relacionado a categorias que cuidam da segurança pública.

#### **4. CONCLUSÃO**



Os novos decretos permitiram uma facilitação do registro e posse de arma de fogo na medida em que tornou a declaração da necessidade como suficiente para comprovar sua existência. Houve ainda um aumento no poder de fogo das armas permitidas liberando calibres antes restritos tais como .45, e Magnum 357. Ocorreu um alargamento do prazo de validade do registro de armas de fogo para 10 anos. A importação também ficou mais branda, não sendo mais preciso CR (Certificado de Registro) para aquisição de armas importadas. Policiais, dentre outros cargos previstos na legislação, ao adquirirem arma de uso permitido ou restrito estão dispensados do requisito da inexistência de inquérito policial ou processo criminal.

## 5. BIBLIOGRAFIA

1. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm) >, Acessado em 08.11.2019

2. Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019 disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2019-2022/2019/Lei/L13870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2019/Lei/L13870.htm) >. Acessado em 08.11.2019.

3. Decreto nº 9.845 de 25 de junho de 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2019-2022/2019/Decreto/D9845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2019/Decreto/D9845.htm) >. Acessado em: 08.11.2019.

4. Decreto nº 9.846 de 25 de junho de 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2019-2022/2019/Decreto/D9846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2019/Decreto/D9846.htm) >. Acessado em: 08.11.2019.

5. Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/atos2019-2022/2019/decreto/D9847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos2019-2022/2019/decreto/D9847.htm) >. Acessado em 08.11.2019.

6. Decreto nº 10030 de 30 de setembro de 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/atos2019-2022/2019/decreto/D10030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos2019-2022/2019/decreto/D10030.htm) >. Acessado em 08.11.2019.

7. Decreto nº 1.222. de 12 de agosto de 2019. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.222-de-12-de-agosto-de-2019-210735786> >. acessado em 08.11.2019.

8. Portaria nº 1729 de 29 de outubro de 2019. Disponível em: < [https://www.lex.com.br/legis/27902307/PORTARIA\\_N\\_1729\\_DE\\_29\\_DE\\_OUTUBRO\\_DE\\_2019.aspx](https://www.lex.com.br/legis/27902307/PORTARIA_N_1729_DE_29_DE_OUTUBRO_DE_2019.aspx) > acessado em 08.11.2019

9. BRASIL. 20ª Vara Federal Cível da SJDF. Procedimento Cível nº 1022488-19.2018.4.01.3400. Juiz Renato Borelli. Ação ajuizada pela Associação dos Delegados do Brasil. 2019.

10. BRASIL. STF. Medida Cautelar Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.948. DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Requerente: Democratas - Diretório Nacional. 2018.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

### **ANDRÉIA AQUILES SIPRIANO DA SILVA ORTEGA:**

Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Aprovada nos concursos da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco e de analista jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogada.

**RESUMO:** Este artigo visa explicar a controvérsia sobre a natureza da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade do Estado; Responsabilidade extracontratual; Condutas omissivas.

**ABSTRACT:** *This article aims to explain the controversy about the nature of the State civil responsibility for omissive conducts.*

**Key-words.** *State responsibility; Non-contractual responsibility; Omissive conducts.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Espécies de responsabilidade estatal. 3. Evolução histórica da responsabilização civil estatal. 4. Pressupostos da responsabilidade civil do Estado. 4.1 Conduta do agente estatal. 4.2 Dano indenizável. 4.3 Nexo de causalidade. 5. A celeuma em torno da responsabilidade civil estatal por omissão. 6. Conclusão.

---

### **1 Introdução.**

A responsabilidade civil ou extracontratual estatal relaciona-se ao dever que o Estado tem de indenizar terceiros pelos danos causados por ações ou omissões de seus agentes.

É a responsabilidade que incide, por exemplo, nas hipóteses de danos causados pelo atropelamento por um veículo oficial, por um buraco em uma via pública mal conservada, pela morte de detento em estabelecimento prisional etc.

Sem sombra de dúvidas, a questão mais polêmica envolvendo o tema refere-se à natureza da responsabilidade por omissão estatal: segue a regra da responsabilidade objetiva ou demanda a comprovação de dolo ou da culpa do agente público (responsabilidade subjetiva)?

Entretanto, antes de adentrar nessa celeuma, convém conhecer, brevemente, as espécies de responsabilidade estatal, a evolução das teorias acerca da responsabilidade extracontratual do Estado e os pressupostos para a sua incidência.

## **2 Espécies de responsabilidade estatal.**

O Estado pode ser responsabilizado tanto por ilícitos contratuais, quanto pelos atos e omissões extracontratuais, nos quais não há contrato ou vínculo prévio com o prejudicado.

A responsabilidade estatal por descumprimento de cláusulas contratuais é regulamentada por lei especial, qual seja, a Lei nº 8.666/93, e tem por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quebrado por ato ou omissão do contratante público.

Fora do âmbito das relações contratuais, a responsabilidade do Estado é regida pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e, ao contrário do que ocorre no direito privado, incide não só por atos ilícitos, mas, também, pelos que, embora lícitos, causem um ônus maior a um dos administrados dos que os suportados pelos demais[1].

É que, nesse caso, a responsabilidade fundamenta-se nos princípios da solidariedade e da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Afinal, se todos se beneficiam com a atividade administrativa, não é justo que o indivíduo lesado pela atuação ou omissão estatal suporte os prejuízos sozinho, devendo, portanto, haver um compartilhamento solidário dos ônus financeiros por toda a sociedade, mediante a utilização de recursos financeiros do erário para o pagamento da indenização ao prejudicado[2].

Matheus Carvalho[3] aponta, ainda, outra espécie de responsabilidade da Administração Pública, a decorrente do sacrifício de um direito, como ocorre nas intervenções estatais na propriedade privada, em que há a restrição de um direito do particular em prol da realização de um interesse coletivo, acarretando ao prejudicado o direito ao ressarcimento.

## **3 Evolução histórica da responsabilização civil estatal.**

Durante o Absolutismo, sequer se falava em responsabilidade estatal, pois o Estado era o próprio monarca, personificação da perfeição, e, conseqüentemente, jamais cometia erros (*"the king can do no wrong"* ou "o rei não pode errar"). Vigorava, portanto, a total irresponsabilidade do Estado.

Com o fim da era absolutista, passou-se a aceitar a responsabilização estatal com base no Direito Civil e foram desenvolvidas duas teorias para explicá-la: a teoria dos atos de império e dos atos de gestão e a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva[4].

De acordo com a teoria dos atos de império e de gestão, a Administração Pública só poderia ser responsabilizada pelos atos de gestão, ou seja, aqueles praticados em situação de igualdade com os particulares e desde que demonstrada a culpa do agente estatal.

Contudo, quanto aos atos de império, aqueles impostos coercitivamente aos administrados, em uma relação vertical de supremacia, não haveria responsabilização, representando um evidente resquício da fase da irresponsabilidade absolutista.

Por outro lado, pela teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, equiparava-se a responsabilidade da Administração Pública à dos particulares, nos moldes do Direito Privado. Dessa forma, o dever de indenizar os prejudicados demandava a comprovação do dolo ou da culpa do agente público.

Mais tarde, percebeu-se que as regras privatistas não serviam à responsabilização dos entes públicos, tendo em vista o regime peculiar a que estes eram submetidos, com prerrogativas e sujeições não extensíveis aos particulares.

O pontapé para essa mudança de paradigma foi dado pela jurisprudência francesa, pelo famoso caso Blanco.

Em 1873, a menina Agnès Blanco foi atropelada e morta por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo. Seu pai, então, ajuizou uma ação indenizatória contra o Estado francês. Suscitado o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a competência era deste último, tendo em vista que a responsabilidade estatal não poderia ser solvida à luz das regras civilistas, considerando as regras especiais a que se sujeitam os entes públicos[5].

A partir daí, foram desenvolvidas teorias publicistas para explicar a responsabilidade estatal, quais sejam: a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e a teoria do risco.

Para a teoria da culpa do serviço (*faute du service*), a responsabilidade da Administração Pública teria lugar desde que provada a culpa do serviço, isto é, que não houve a prestação do serviço público ou que ela foi deficiente. Tal teoria

também foi conhecida por culpa anônima, por dispensar a identificação do agente público causador do dano e sua culpa, bastando a prova da falha do serviço.

Por sua vez, a teoria do risco fundamenta-se na ideia de que a atividade administrativa naturalmente envolve riscos, razão pela qual o Estado tem o dever de indenizar os prejuízos causados a terceiros de forma objetiva, ou seja, independentemente da constatação de dolo ou culpa de seus agentes.

Essa teoria bifurca-se na teoria do risco administrativo e na teoria do risco integral, que se diferenciam pelo fato de que a primeira admite causas excludentes (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro) e atenuante (culpa concorrente da vítima), ao passo que a segunda não aceita[6].

Desde a Constituição de 1946, a teoria do risco administrativo é a adotada, em regra, no Brasil.

Na Constituição Federal de 1988, a responsabilidade civil extracontratual do Estado é definida no seguinte artigo[7]:

Art. 37. (...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Pelo dispositivo constitucional supra, nota-se a que a responsabilidade civil extracontratual do Estado abrange, também, a das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos (fundações públicas de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias, permissionárias e autorizadas), o que não inclui as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, que responderão segundo as normas gerais do Direito Civil.

Importante destacar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a Administração Pública responde pelos danos causados por tabeliães e registradores no exercício de suas funções, à medida que estes são particulares que prestam um serviço público por delegação. A tese fixada em repercussão geral foi a seguinte:

O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa[8].

Convém observar que a teoria do risco integral aparece no ordenamento jurídico brasileiro em algumas hipóteses excepcionalíssimas, que são os casos de danos nucleares (artigo 21, XXIII, "d", da Constituição Federal[9]) e os provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas nacionais no Brasil ou no exterior (artigo 1º, *caput*, da Lei nº 10.309/2001[10]).

#### **4 Pressupostos da responsabilidade civil do Estado.**

Para a incidência da responsabilização estatal por danos causados extracontratualmente, faz-se necessária a presença de certos pressupostos extraídos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que, como visto, encampou a teoria do risco administrativo.

Como se trata de responsabilidade objetiva, dispensa-se a comprovação de dolo ou culpa do agente público. Assim, o lesado deverá demonstrar, apenas, a conduta do agente estatal, o dano causado e o nexo de causalidade entre eles.

##### **4.1 Conduta do agente estatal.**

Em primeiro lugar, deve haver uma conduta comissiva ou omissiva atribuída à Administração Pública ou à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

Essa conduta pode ser ilícita ou, mesmo, lícita, tendo em vista que, pelos princípios da isonomia e da solidariedade, haverá o dever de indenizar ainda que o comportamento do agente público não esteja em desconformidade com o ordenamento jurídico, desde que tenha gerado um ônus maior a um dos membros da sociedade do que aos demais.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro[11], somente se pode aceitar a responsabilidade objetiva do Estado por ato lícito, se este tiver causado um dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo a igualdade de todos perante os encargos sociais.

Pense-se na construção de uma obra pública que, embora necessária e importante para melhorar o fluxo do trânsito em uma grande cidade, tenha causado

a desvalorização dos imóveis no entorno, o que poderá ensejar aos proprietários o direito a uma indenização do ente público.

Nesse exemplo, não há antijuridicidade na conduta estatal, que, aliás, beneficiou, com certeza, um grande número de pessoas. Mas, ainda assim, por ter causado um dano anormal e específico aos donos de imóveis da região, que sofreram com o rebaixamento dos preços de seus bens, o Estado poderá ser responsabilizado civilmente.

No tocante ao agente público causador do dano, José dos Santos Carvalho Filho[12] observa que, mesmo que ele tenha atuado fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o Poder Público será responsabilizado, no mínimo, por culpa *in eligendo*, pela má escolha do agente, ou *in vigilando*, pela não fiscalização de sua conduta.

É imprescindível que o agente estatal aja nessa qualidade ou, ao menos, aparente ou demonstre agir sob essa condição, caso contrário, não existirá o nexo causal entre a conduta estatal, que é manifestada pelo agente público, e o prejuízo provocado a terceiro[13].

#### **4. 2 Dano indenizável.**

Outro pressuposto é o dano, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral ou estético).

O dano material corresponde ao prejuízo patrimonial sofrido e pode compor-se pelo dano emergente, que é aquilo que efetivamente se perdeu, e pelos lucros cessantes, ou seja, o lucro que deixou de se ganhar em virtude do evento lesivo.

O dano moral nada mais é que uma ofensa a direito da personalidade, como a imagem, a honra, o nome etc.

E o dano estético é a ofensa à beleza, à harmonia de formas do lesado, que gera repulsa ou desagrado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça[14], é uma categoria autônoma em relação ao dano moral.

É perfeitamente possível pleitear-se, cumulativamente, todas essas espécies de dano, decorrentes de um mesmo fato. Ricardo Alexandre e João de Deus exemplificam:



(...) imaginemos que um taxista estava passeando de carro com seu filho, quando sofreu um acidente de trânsito provocado por veículo pertencente a um ente público. Em decorrência desse acidente, o taxista teve o carro destruído, perdeu uma das pernas e ainda seu filho veio a falecer. Nesse caso, a indenização que o Estado deverá ser obrigado a pagar compreenderá o valor do veículo (dano emergente), acrescido da quantia que o taxista deixou de auferir em razão dos dias que ficou sem trabalhar (lucro cessante), somado ao dano estético pela perda da perna e ao dano moral pelo sofrimento com a perda do filho[15].

Além da conduta do agente público e do dano, a responsabilização estatal demanda a comprovação de um terceiro pressuposto, que é o elo que une os dois primeiros e será tratado a seguir.

#### **4.3 Nexo de causalidade.**

O terceiro pressuposto ou elemento caracterizador da responsabilidade civil extracontratual do Estado é o nexos de causalidade que liga o dano causado à vítima e a conduta do agente estatal.

Justamente pela ausência desse elo de causalidade é que não haverá responsabilidade civil da Administração Pública nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

É por isso que o ente público não responderá pelos prejuízos advindos de um deslizamento de encosta causado por escavações da própria vítima[16] (culpa exclusiva da vítima).

Quanto ao nexos causal, urge conhecer as três principais teorias sobre o tema.

Pela teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*, causa é todo evento antecedente que contribuiu ao dano.

Já para a teoria da causalidade adequada, somente é considerada causa aquilo que, por si só, foi apto a causar o dano.

Por fim, pela teoria da causalidade direta ou imediata (ou da interrupção do nexos causal ou da causalidade necessária), causa é o fato que se liga ao evento danoso de forma direta e imediata. É a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

Por exemplo, uma pessoa é atropelada por um veículo oficial, mas é socorrida por um parente, que a leva ao hospital em seu veículo, que, por sua vez, colide com outro no meio do caminho, causando o óbito de ambos.

Nesse caso, pela teoria da causalidade direta ou imediata, o ente público não poderá ser responsabilizado pela morte da vítima atropelada pelo veículo oficial, pois esse evento não foi a causa direta e imediata do óbito[17].

## **5 A celeuma em torno da responsabilidade civil estatal por omissão.**

Há uma grande controvérsia em torno da aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal nos casos de danos provocados por omissões do Poder Público, ou seja, se a responsabilidade estatal por omissão é objetiva ou subjetiva.

José dos Santos Carvalho Filho[18] entende que a responsabilidade civil da Administração Pública por conduta omissiva exige a presença dos elementos que caracterizam a culpa.

Isso porque, segundo o autor, o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, dispõe que a responsabilidade objetiva pressupõe menção expressa na norma legal e o artigo 37, § 6º, da Constituição, tampouco o artigo 43 do Código Civil mencionam os comportamentos omissivos do Estado.

Di Pietro[19] também defende a responsabilidade subjetiva em caso de omissões estatais, mas com presunção de culpa do Poder Público, de forma que o lesado não terá que provar a culpa ou o dolo, competindo ao Estado demonstrar que agiu com diligência e adotou todos os meios disponíveis para evitar o dano ou, então, que não agiu porque não lhe era razoável exigir uma atuação no caso específico.

Por outro lado, para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a responsabilidade do Poder Público por omissões juridicamente relevantes é objetiva, pois a Constituição, que consagra a teoria do risco administrativo, não faz diferenciação entre comportamentos comissivos e omissivos.

Porém, o autor pondera que só será possível essa responsabilização se ocorrer uma omissão específica, isto é, se o Estado tinha a possibilidade de prever e evitar o dano, mas nada fez. Tratando-se de omissões genéricas, “não há que se falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerarmos o Estado segurador universal”[20].

No Superior Tribunal de Justiça, predomina o entendimento de que a responsabilidade estatal por omissão escapa à regra da teoria do risco

administrativo e é subjetiva, cabendo ao ofendido o ônus de demonstrar a negligência no dever de atuar do Estado. Nesse sentido:

(...) A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a **responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva**, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexos causal entre ambos. (...)[21] (grifo nosso)

No entanto, em algumas situações excepcionais, como a de morte de detento em unidade prisional, o Tribunal da Cidadania considera incidir a regra da responsabilidade objetiva do Estado:

(...) O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois deve o Estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia. (...)[22]

Já o Supremo Tribunal Federal parece ter consolidado o posicionamento de que o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiro tanto por ações quanto por omissões de seus agentes, tendo em vista que a Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, não fez distinção quanto às condutas omissivas, não cabendo ao intérprete fazê-la.

(...) A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, **tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos**, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público. (...)[23] (grifo nosso)

Mas, para a incidência da responsabilidade objetiva, o Pretório Excelso entende ser imprescindível que tenha ocorrido uma omissão específica, isto é, que seja demonstrado que a Administração tinha o dever de agir para impedir o dano, como uma espécie de garante.

(...) Para a imputação da responsabilidade à Administração Pública se faz necessário comprovar que houve uma **omissão específica**, ou seja, que tenha sido a ausência da atuação do Estado que criou a situação propícia para a produção do dano,

quando tinha o dever de impedir sua ocorrência. No caso, restou configurado o nexo de causalidade entre a falta com o dever de manutenção e de conservação da via pública pelo Município para a situação lesiva, quando tinha o dever de agir para impedi-la. Responsabilidade objetiva da Administração Pública. (...) (grifo nosso)[24]

Por exemplo, pela omissão específica de não conservar as vias públicas e deixá-las seguras para o trânsito de veículos e pedestres, o ente público poderá ser responsabilizado objetivamente pelos danos de acidente de automóvel causado por um buraco na rodovia.

Outrossim, pela omissão específica de não manter os presídios em padrões mínimos de humanidade, conforme determina a Constituição e a Lei de Execução Penal, exsurdirá ao Estado "a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento"[25].

## **6 Conclusão.**

Claramente, a questão mais controvertida sobre o tema responsabilidade civil do Estado, na atualidade, é a natureza da responsabilidade por condutas omissivas.

À evidência, a regra da responsabilidade objetiva, insculpida no artigo 37, § 6º, do texto constitucional, facilitaria a vida do lesado, uma vez que retira o ônus da prova do dolo ou da culpa do agente público causador do dano.

Porém, aparentemente, prevalece na doutrina o entendimento de que a responsabilidade por omissões do Poder Público tem natureza subjetiva, o que demanda do prejudicado a demonstração da negligência estatal, além dos demais pressupostos (a conduta do agente público, o dano e o nexo de causalidade).

Nas Cortes Superiores, a questão segue controvertida.

No Superior Tribunal de Justiça, predomina o posicionamento de que a responsabilidade por omissão é subjetiva, salvo em hipóteses excepcionais, como a da morte de custodiado em estabelecimento carcerário.

Já o Supremo Tribunal Federal vem firmando, nos últimos anos, a convicção de que se trata de responsabilidade objetiva, tal qual ocorre com a responsabilidade por condutas comissivas, pois, para o Pretório Excelso, onde a Constituição Federal não diferenciou, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Espera-se que, com o tempo, haja uma uniformização, ao menos, do entendimento nos Tribunais Superiores, a fim de trazer uma maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.309, de 22 de novembro de 2001. Dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/L10309.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10309.htm). Acesso em: 3 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 4 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. DJe 1 set. 2009, edição 430. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_35\\_capSumula387.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf). Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no AREsp nº 1.249.851/SP**. Processual civil e administrativo, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Inexistência de nexos causal e culpa da Administração. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravante: Denise Gomes. Agravado: Município de Santos. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 20 set. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1249851&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **AgInt no AREsp nº 1.238.182/PE**. Administrativo e Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em

Recurso Especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência. Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento. Responsabilidade objetiva. Precedentes. Revisão do Valor da indenização. Incidência da Súmula 7 do STJ. Aggravante: Estado de Pernambuco. Agravados: Josefa Agostinho da Silva e outro. Relator: Min. Og Fernandes, 11 set. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1238182&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). ARE nº 847.116 AgR/RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente em desnível em via pública. Danos morais e materiais. Verificação da ocorrência do nexo de causalidade. Reexame do conjunto fático-probatório já carreado aos autos. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 279/STF. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inovação recursal. Impossibilidade. Competência do Relator para o julgamento monocrático do feito. Precedente. Aggravante: Município de Niterói. Agravada: Lydia Machado Vianna. Relator: Min. Luiz Fux, 24 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28847116%2ENUME%2E+OU+847116%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y35f5hqu>. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). ARE nº 897.890 AgR/PR. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. Aggravante: Ricardo Mário Stefanoski. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli, 22 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28897890%2ENUME%2E+OU+897890%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxu6agrc>. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE nº 580.252/MS. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. *Amicus Curiae*. União. Relator: Min. Teori Zavascki Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 16 fev. 2017 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285>

[80252%2ENUME%2E+OU+580252%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4r9fpc9](http://80252%2ENUME%2E+OU+580252%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4r9fpc9). Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE nº 842.846/SC**. Direito Administrativo. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Dano material. Atos e omissões danosas de notários e registradores. Tema 777. Atividade delegada. Responsabilidade civil do delegatário e do Estado EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. Serventias extrajudiciais. Art. 236, §1º, da Constituição da República. Responsabilidade objetiva do ESTADO PELOS ATOS DE TABELIÃES E REGISTRADORES OFICIAIS QUE, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, CAUSEM DANOS A TERCEIROS, ASSEGURADO O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O RESPONSÁVEL NOS CASOS DE DOLO OU CULPA. Possibilidade. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Sebastião Vargas. *Amicus Curiae*: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR e outros. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28842846%2ENUME%2E+OU+842846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yygw9bn9>. Acesso em: 5 nov. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. *E-book*.

NOTAS:

---

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 673.

[2] ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p.362.

[3] *In* **Manual de direito administrativo**. 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 350.

[4] ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Op. cit.* p. 358.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 675.

[6] ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Op. cit.* p. 360.

[7] O Código Civil disciplinou o tema em conformidade com o texto constitucional: "Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo."

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE nº 842.846/SC**. Direito Administrativo. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Dano material. Atos e omissões danosas de notários e registradores. Tema 777. Atividade delegada. Responsabilidade civil do delegatário e do Estado EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. Serventias extrajudiciais. Art. 236, §1º, da Constituição da República. Responsabilidade objetiva do ESTADO PELOS ATOS DE TABELIÃES E REGISTRADORES OFICIAIS QUE, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, CAUSEM DANOS A TERCEIROS, ASSEGURADO O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O RESPONSÁVEL NOS CASOS DE DOLO OU CULPA. Possibilidade. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Sebastião Vargas. *Amicus Curiae*: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR e outros. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28842846%2E+OU+842846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yygw9bn9>. Acesso em: 5 nov. 2019.

[9] Art. 21. Compete à União: (...) XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...) d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

[10] Art. 1º. Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.



[11] *Op. cit.* p. 679.

[12] In **Manual de direito administrativo**. 31ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*. p. 377.

[13] ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Op. cit.* p. 363.

[14] Súmula nº 387: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."

[15] *Op. cit.* p. 368.

[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 378.

[17] ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Op. cit.* p. 365.

[18] *Op. cit.* p. 381.

[19] *Op. cit.* p. 683.

[20] In **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. *E-book*. p. 820.

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no AREsp nº 1249851/SP**. Processual civil e administrativo, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Inexistência de nexos causal e culpa da Administração. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravante: Denise Gomes. Agravado: Município de Santos. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 20 set. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1249851&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 6 nov. 2019.

[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **AgInt no AREsp nº 1.238.182/PE**. Administrativo e Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência. Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento. Responsabilidade objetiva. Precedentes. Revisão do Valor da indenização. Incidência da Súmula 7 do STJ. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravados: Josefa Agostinho da Silva e outro. Relator: Min. Og Fernandes, 11 set. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1238182&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 6 nov. 2019.

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **ARE nº 897.890 AgR/PR**. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo.

Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. Agravante: Ricardo Mário Stefanoski. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli, 22 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28897890%2ENUME%2E+OU+897890%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxu6agrc>. Acesso em: 6 nov. 2019.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). ARE nº 847.116 AgR/RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente em desnível em via pública. Danos morais e materiais. Verificação da ocorrência do nexo de causalidade. Reexame do conjunto fático-probatório já carreado aos autos. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 279/STF. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inovação recursal. Impossibilidade. Competência do Relator para o julgamento monocrático do feito. Precedente. Agravante: Município de Niterói. Agravada: Lydia Machado Vianna. Relator: Min. Luiz Fux, 24 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28847116%2ENUME%2E+OU+847116%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y35f5hqu>. Acesso em: 6 nov. 2019.

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE nº 580.252/MS. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Amicus Curiae: União. Relator: Min. Teori Zavascki Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 16 fev. 2017 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580252%2ENUME%2E+OU+580252%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4r9fpc9>. Acesso em: 6 nov. 2019.

## **ASSÉDIO SEXUAL CONTRA O EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO E SEUS DIREITOS**

**ADRYANNE CHRISTINE SALES GUIMARÃES:**

Bacharelanda no Curso de Direito pelo Centro  
Universitário de Ensino do Amazonas - CIESA.

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO[1]

**RESUMO:** Este artigo tem o intuito de demonstrar a importância do tema que não é valorizado pelos doutores da lei, e por resultado disto, não têm sido executadas ações preventivas nas relações de trabalho e principalmente não possui legislação específica na própria CLT que é o Assédio sexual contra o empregado no ambiente de trabalho e seus direitos. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo através de documentação indireta. Dito isto, o trabalho se abrange ao conceito e análise das consequências violadoras da liberdade sexual da vítima da utilização da doutrina e legislação para o desenvolvimento da pesquisa, com a pretensão de formas de combate.

**Palavras-chave:** Assédio sexual; Relação de emprego. Liberdade sexual

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate the importance of the subject that is not valued by the doctors of the law, and as a result, there have been no preventive actions in labor relations and mainly has no specific legislation in the CLT that is Sexual Harassment against the employee in the workplace and their rights. It was elaborated according to the deductive approach method, descriptive procedure through indirect documentation. That said, the paper covers the concept and analysis of the violating consequences of the victim's sexual freedom from the use of doctrine and legislation for the development of research, with the pretense of ways of combat.

**Keywords:** Sexual harassment; Employment relationship. Sexual freedom.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo será abordado os aspectos relacionados ao assédio sexual, que no qual, tem sido um assunto de extrema pertinência nos últimos tempos, não sendo levado a destaque na sociedade atual como todo tal é o motivo da importância do presente trabalho. Visa ainda esclarecer e ilustrar algumas teorias e pontos de vista relacionado ao conteúdo problemático.

Alguns dos pontos relevantes serão abordados neste artigo, para um mais amplo entendimento acerca do tema, como conceitos, elementos essenciais que caracteriza o assédio sexual, comportamento da vítima, consequências para todos os envolvidos e principalmente a importância do poder judiciário nesse determinado assunto, para a melhor compreensão a sociedade.

No entanto, muitas vítimas suportam por um longo prazo a situação de grande desrespeito criada pelo assédio sexual, por temor da perda de emprego, e principalmente ao acreditar que não terá sucesso ao recorrer ao poder judiciário. Sentir-se o constrangimento ao narrar todo o ocorrido, é um dos sentimentos que mais abala o emocional da vítima. Na realidade atual, a necessidade de manter a sua sustentação da família, faz muitas vezes com que um empregado se sujeite a situações humilhantes e que afrontam a dignidade da pessoa humana, como é o caso do assédio sexual.

Entende-se que há uma deficiência do Direito do Trabalho quanto ao tema e a ausência do amparo jurisdiciona para o combate ao assédio sexual nas relações no ambiente de trabalho. Pode-se ser consideradas as condutas de assédio sexual em diversas formas distintas, sobre diferentes situações e em todos os lugares no Brasil, sendo no ambiente de trabalho, como em outro qualquer ambiente.

Para atingir a finalidade e discutir soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, que nada mais é do que metodologia descritiva, baseando-se de métodos estatísticos, explicação sistemática de um fato social, como formas de combate a essa conduta.

## **1 ASSÉDIO SEXUAL**

Em uma breve retomada histórica, pode-se dizer que o assédio sexual sempre esteve presente nas relações de trabalho, em especial no que tange a vitimização do público feminino. A versão hodierna desse conceito advém do inglês "*sexual harassment*" na década de 1970, quando do ingresso grandioso de mulheres no mercado de trabalho iniciaram os primeiros movimentos feministas nos Estados Unidos, exigindo a tutela estatal por providências, tendo em vistas o *Civil Rights Act* de 1964.

Por conseguinte, os Estados Unidos da América tem hoje uma legislação rígida no que infere a repreensão do assédio sexual, tendo altos índices de indenizações trabalhistas/cíveis. No Brasil, somente a partir da década de 1990, foram registradas maiores manifestações de assédio sexual nas empresas, sendo que atualmente o tema é presente no cotidiano empresarial, em situações de poder versus submissão.

## 1.1 CONCEITO

Pode-se conceituar o assédio sexual como uma abordagem não desejada para com o outro, com o intuito de obter favorecimento sexual, reiterando de condutas sexuais indesejáveis. De acordo com Código Penal Brasileiro passou a ser tipificados como crime no art. 216-A do, requerendo da doutrina, jurisprudência e um olhar mais crítico e construtivo para inibir a conduta praticada.

Art.216-A - Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função.

Trata-se de um crime contra e a liberdade sexual, afetando a dignidade da pessoa humana e seus costumes, caso cometido por sujeito diverso apontado no tipo penal. Maria Helena Diniz conceitua no seu dicionário jurídico, o assédio sexual como "Ato de constranger alguém com gestos, palavras ou com emprego de violência, prevalecendo-se as de relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com um escopo de obter vantagem sexual."

Assim, diante do Código Penal e da doutrina distinta, não há o que questionar, embora que assédio sexual seja, de fato, um ato de desrespeito e constitui uma grave violação afronta à direitos fundamentais da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho. Em regra, o aspecto do assédio sexual solicita a existência da relação entre o assediador (a) e assediado (a), além do comportamento frequente e suas aproximações, agindo como forma de provocar o desejo sexual da sua vítima e atingir a sua finalidade (SANTOS, 2002).

No entanto, Cassar, defende que "o conceito de assédio sexual deve abraçar toda conduta sexual praticada, normalmente de forma reiterada, contra alguém que a repele", no que se releva sua concordância com Rodolfo Pamplona, para quem se considera assédio sexual toda "conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cercandolhe a liberdade sexual" (PAMPLONA, 2000).

Porém, há várias formas para tais de abordagens com a vítima, sendo suficientes para o preenchimento do tipo legal, como por exemplo, por via de e-mails, bilhetes ou, a gravação. Envolvendo vários tipos de conteúdo sexuais que opõe sobre agressão à integridade moral e psicológica da vítima, sentindo-se humilhada, insultada e intimidada sobre todas as formas e etc.

## 1.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA CONDUTA DO ASSEDIADOR

Uma das características do assédio sexual é que antes da criação de uma lei específica, os casos de Assédio Sexual eram julgados nas esferas civis, trabalhistas ou administrativas, e aponta as características de um abuso sexual como sendo três os elementos que integram o delito: (1) a conduta de constranger alguém; (2) com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; (3) devendo o agente prevalecer-se de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função (MASSON, 2012).

O agente ao escolher sua vítima não está preocupado com os assédios o que pode causar e ainda forjará com que encontre meios necessários para alcançar o seu alvo, e assim fará qualquer preço. O que importa para o assediador é seduzir a vítima e depois conceder seus atos, se impor em qualquer ambiente.

## 1.3 TIPOS DE ASSÉDIO SEXUAL

Os tipos de assédio sexual podem ocorrer de diversas formas, porém, o que mais acontece é por chantagem ou por intimação. De acordo com Maria Ester de Freitas (FREITAS, 2012, p. 14), assédio sexual é visível pelo fato que não se trata de uma relação concedida:

“O aspecto mais visível ou óbvio nas situações de assédio sexual é que, geralmente, não se trata de relações entre iguais, entre pares, nas quais a negativa pode ocorrer sem maiores consequências para quem está fazendo a recusa. Verificamos, ainda, que o assédio sexual é entre desiguais, não pela questão de gênero masculino versus feminino, mas porque um dos elementos da relação dispõe de formas de penalizar o outro lado. Constitui não apenas um convite constrangedor, que produz embaraço e vexame, pois um convite, por mais indelicado que seja, pode ser recusado, mas também explícita a diferença entre convite e intimação, entre convidar e acuar o outro. Se uma proposta não aceita uma negativa, ela é qualquer outra coisa, exceto um convite. É como se estivéssemos diante de uma situação que só apresenta duas alternativas: a cruz ou a espada. O que está sendo sugerido não é um prazer, nem uma relação gratificante, mas um preço que deve ser pago por B para que A não o prejudique, como em uma chantagem, só que nessa situação o preço é sexo (FREITAS, 2012, p.14).

Portanto, o que de fato é proposto no assédio é uma relação sexual para evitar inconvenientes na relação de trabalho.

O **assédio sexual por chantagem ou assédio *quid pro quo***, ocorre quando há a exigência de uma conduta sexual, em troca benefícios ou para evitar prejuízos na relação de trabalho; sendo aquele no qual o assediador detém o poder em alterar o percurso do contrato de trabalho do assediado, podendo atravancar transferências, promoções e quaisquer outros benefícios que esteja desejando a vítima. Por uso de investidas sexuais, o sujeito ativo faz com que o assediado não consiga estas promoções, caso não ceda à instigação.

Quanto ao **assédio sexual por intimidação ou ambiental**, ocorre quando há provocações sexuais inoportunas no ambiente de trabalho, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, de intimidação ou humilhação. Caracteriza-se pela insistência, impertinência, hostilidade praticada individualmente ou em grupo, manifestando relações de poder ou de força não necessariamente de hierarquia. Por vezes confundido com assédio moral, como ensina a OIT em sua cartilha sobre o tema.

Enquanto no assédio sexual por chantagem a finalidade do assediador é obter um favor sexual, no assédio sexual por intimidação o objetivo do agressor é tornar o ambiente de trabalho hostil para o assediado, podendo também visar uma vantagem sexual. Nessa seara, Alice Monteiro de Barros, ensina que o assédio por intimidação é aquele que surge com a importunação do sexo oposto:

Incitações sexuais importunas, de uma solicitação sexual ou de outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, que têm como finalidade prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho. Já o assédio por chantagem, é definido pela autora como a exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego (BARROS, 2005, P. 177-178).

Esta modalidade caracteriza-se por insinuações e solicitações sexuais inoportunas com o único objetivo de prejudicar o assediado, gerando para este, receio e temor no ambiente de trabalho. Embora não seja um tipo de assédio criminalizado, visto que o Código Penal tipificou somente o assédio sexual por

chantagem, pode gerar como o outro a rescisão indireta ou a dispensa por justa causa do assediador (CATALDI, 2002).

Este tipo de assédio tem o objetivo de interferir o desempenho do assediado, prejudicando-o em suas funções, não necessitando que o assediado perca o emprego ou promoção no trabalho. Cria um ambiente de trabalho tenso e hostil. O assediante faz insinuações sexuais, assediando a vítima, mas sem que ela se sinta prejudicada, e, por exemplo, perder o emprego.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o assédio sexual pode ocorrer nas quatro hipóteses distintas:

- a) Do empregador contra o subordinado, que é o mais grave, porque envolve uma relação de poder, como a de emprego, na qual aquele se situa na posição dominante e este na de dominado;
- b) Do preposto do empregador sobre o empregado, podendo configurar a dispensa indireta por justa causa do empregador por ato lesivo à honra e boa fama do empregado, além de reparações civis, as mesmas previstas para o dano moral;
- c) Do empregado contra colega, o que mostra que o assédio sexual não tem como única situação uma relação de poder, podendo sujeita-lo a punição disciplinar ou dispensa por justa causa de incontinência de conduta, ou clientes, o que põe em discussão o problema da responsabilidade civil da pessoa jurídica pelos atos praticados por seus prepostos, prevista no Código Civil, aspecto que exige da empresa cuidados especiais, medidas preventivas e rigor na seleção e fiscalização dos empregados para não ser acusada por atos dos mesmos;
- d) Embora mais difícil a de empregado sobre superior hierárquico, punível também como justa causa e as mesmas reparações civis (NASCIMENTO, 2005, p.136-139).

#### 1.4 PERFIL DA VITIMA

Pode se afirmar que qualquer pessoa pode se tornar um assediador, com muito mais certeza pode-se afirmar que pessoa pode ser vítima do da conduta sexual.

Para Mauricio Godinho Delgado o assédio sexual se define como:

A conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, de uma pessoa física com relação a outra. Embora possa se configurar de



maneira distinta, o fato é que, regra geral, as mulheres é que têm sido as vítimas principais do assédio sexual no mundo laborativo (DELGADO, 2017, p.1.373)

Desde modo, é ilusão acreditar que o sujeito passivo será sempre a mulher, pois, a vítima pode ser qualquer pessoa independente de gênero, classe ou raça principalmente na esfera trabalhista, em qualquer nível hierárquico, para pratica da violação sexual. No entanto, a maioria dos casos, o índice maior do assédio é contra mulheres.

## **2 ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO**

### **2.1 SUJEITOS ATIVOS DO ASSÉDIO**

O sujeito ativo é o assediador podendo ser tanto homens quanto mulheres, o mesmo ocorrendo com o assediado, geralmente as vítimas são mulheres, principalmente na esfera trabalhista, em qualquer nível hierárquico, para pratica da violação sexual. O assediador é aquele que pratica a ação, pratica a atitude de constranger que seja superior hierárquico ou tenha ascendência no trabalho, como colegas também de mesmo ambiente laboral.

O assédio sexual que ocorre por conta do trabalho, no qual o assediador produz a conduta, os momentos poderão ser dentro ou fora estabelecimento sendo possível que ocorra nos intervalos, para repouso ou para o almoço, antes do início do turno ou após o término, durante até mesmo nas caronas de ida para casa. Além disso, pode ocorrer não somente em presença física do empregado, como também nas atividades externas da empresa, como teletrabalho (DELGADO, 2017).

### **2.2 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL PARA A VITIMA**

Segundo o site do Ministério do Trabalho e Emprego (Gabriella Bontempo, 2018), os transtornos mentais e comportamentais afastaram 178 mil pessoas do trabalho só em 2017. Abortar a importância da saúde mental no ambiente de trabalho nunca foi tão necessário como nos dias de hoje.

A enfermeira e especialista em saúde mental Virgínia Rozendo de Brito, relata que: "O trabalho é a fonte de adoecimento psíquico quando há preocupação com o desemprego, sofrimento causado por assédio, seja ele moral, sexual, ou de qualquer ordem, ou bullying. Também existe um fator de risco quando o funcionário cumpre um horário intenso de trabalho ou passa muito tempo em um

ambiente hostil e competitivo”, (Gabriella Bontempo, 2018), ou seja, sem saúde mental não há de se ter êxito nas atividades do dia a dia do ambiente de trabalho.

A repetição e a prolongação dessa conduta desfavorável têm como local desagradável de se trabalhar, ocasionando-se o isolamento. A conduta do assediador geralmente intimida vítima de tal forma que sua permanência no emprego se torna intolerável.

Isto porque, os efeitos do assédio sexual são graves tanto no campo pessoal como no profissional: as vítimas frequentemente sofrem danos emocionais e psicológicos sérios, como: estresse, depressão, ansiedade, diminuição da confiança e da autoestima, são mais propensas e aos atrasos recorrentes, à dificuldade de concentração e retenção das informações, que na qual produz baixa produtividade no ambiente de trabalho.

### 2.3 CONSEQUENCIAS PARA O EMPREGADO.

A conduta do assédio sexual pode ser tanto em condição do empregado, quanto ao empregador, a depender de qual posição o assediado e o assediador ocupam na esfera trabalhista, causando suas consequências. Para exemplificar, em um caso de assédio de um empregado em relação no ambiente de trabalho á outro colega ocorrerá dispensa por justa causa, ou se o empregador assediar um empregado poderá este pedir rescisão indireta do contrato e indenização por danos morais. De acordo com o art 482, alínea “b”, da CLT: Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

Quando se trata de “incontinência de conduta”, está ligada ao desregramento do empregado no tocante á sua vida sexual. São obscenidades praticadas, a libertinagem, a pornografia, que configuram essa hipótese, como mostrar órgãos genitais, ter relações sexuais dentro da empresa, principalmente assediar o colega no ambiente de trabalho e etc.

### 2.4 CONSEQUÊNCIAS PARA O EMPREGADOR

O empregador deverá ser responsabilizado pelo ato de assédio sexual por consequência de sua omissão por obrigação de fiscalizar o ambiente de trabalho, poupando a ocorrência de situações que possam prejudicar o empregado.

Sendo indispensável do ato do empregador no ambiente de trabalho, fazer as normas de boa conduta para que sejam cumpridas, para inibir a tal pratica.

O assediador poderá ser um superior hierárquico, um colega ou o próprio subordinado, sendo em regra o chefe do assediado.

Conforme a legislação, os empregadores são responsáveis por ato de seus empregados, nos termos do art.932, III C.C, garantindo-se o ajuizamento de Ação de Regresso, com base no art. 934 C.C e S. 341 do STF, *in verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Conforme SÚMULA 341: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Diante disso, este assunto que tem desenvolvido grande destaque na mídia e nos dias atuais na sociedade em geral, em razão de sua repercussão nas relações de trabalho e das consequências, o assédio sexual no âmbito laboral tem sido o mais discutido. Deste modo, devendo ser visto, de forma crítica e comprometida, por classe trabalhista, pelo âmbito empresarial e por toda a sociedade, com a intenção de desmascarar cada um que comete essa conduta desumana, por consequência, obtendo prevenção e desraizamento.

Observando os principais danos acarretados nas vítimas do assédio, além da ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador, como não somente na área psíquica, como os distúrbios de comportamento, a depressão, a agressividade acentuada e a desestabilização emocional, os quais progridem para o surgimento de doenças diversas, que ao serem constatadas, em muitos casos, o empregado pede demissão por não suportar a pressão do assediador, sofrendo prejuízos de danos psicológicos e também de ordem material (LIPPMANN, 2001).

O assédio moral é completamente diferente do assédio sexual, uma vez que neste último caso o agente tem como realização obter favores sexuais da vítima, utilizando-se das prerrogativas do seu cargo dentro da empresa, sendo tal conduta já tipificada como crime, no artigo 216-A do Código Penal.

### **3 PRESERVAÇÃO E COMBATE AO ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO**

Quando um empregado (a) encontra-se em situação de assédio sexual, é recomendado que, no intuito de inibir o assédio e evitar que ele se prologue e agrave no ambiente de trabalho, é fundamental que a vítima comunique à empresa

por meios de canais internos, como ouvidoria, comitês de éticas, ou até mesmo, na área de recursos humanos. Para as mulheres, existem meios específicos como, por exemplo, denunciar aos órgãos de proteção e defesa dos direitos das mulheres.

É essencial que a vítima se sinta segura para buscar os meios de recurso que a empresa disponibiliza para que ela consiga impedir esse tipo de comportamento, que possibilite a punição ao assediador. Vale lembrar que é importante que a vítima busque apoio junto a familiares e amigos. O meio de provas para comprovar essa conduta violadora pode ser por meios de cartas, mensagens eletrônicas, os registros nas redes sociais, incluindo áudios e vídeos, presentes, registros de ocorrências em canais internos e empresas e órgãos públicos, e também as testemunhas que tenham total conhecimento dos fatos (DELGADO, 2017).

É de extrema importância ainda, que a vítima compreenda que o seu depoimento é eficaz como meio de prova. Diante da complexidade para comprovação do assédio sexual que em muitos casos é praticado em oculto a doutrina e a jurisprudência têm valorizado a prova indireta, ou seja, prova por indícios (CAIRO JÚNIOR, 2013).

Sendo assim, assédio sexual, deve levado em consideração em todos os ambientes da sociedade, principalmente nas relações de trabalho, nos quais ainda é um tema que ainda não é de tanta relevância, levando em consideração que não há uma lei específica que classifica o assédio sexual.

### 3.1 PREVISÃO LEGAL

Cumprе ressaltar, inicialmente, de acordo com o CNJ (CNJ, 2016), que não há uma lei específica no ordenamento jurídico-laboral, apesar de existir diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, para repressão e punição daqueles que praticam o assédio moral. Todavia, na Justiça do Trabalho a conduta de assédio moral, caso caracterizada, pode gerar indenização por danos morais e materiais. Já na esfera trabalhista, o assédio moral praticado pelo empregador ou por qualquer de seus prepostos autoriza o empregado a deixar o emprego e a pleitear a rescisão indireta do contrato.

As práticas de assédio moral são normalmente enquadradas no artigo 483 da CLT, o qual determina que o empregado possa considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando, entre outros motivos, forem exigidos serviços superiores às suas forças, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato, ou ainda quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo ou ato lesivo da honra e boa fama. Já na Justiça

criminal, conforme o caso, a conduta do agressor poderá caracterizar crimes contra a honra, como a difamação e injúria, contra a liberdade individual, em caso, por exemplo, de constrangimento ilegal ou ameaça (DELGADO, 2017).

O CNJ (CNJ, 2016), ainda aconselha o trabalhador que suspeita estar sofrendo assédio moral em seu ambiente de trabalho a procurar seu sindicato e relatar o acontecido, e também outros órgãos, como o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Superintendência Regional do Trabalho. Além disso, ele também pode recorrer ao Centro de Referência em Saúde dos Trabalhadores, que presta assistência especializada aos trabalhadores acometidos por doenças ou agravos relacionados ao trabalho. Para comprovar a prática de assédio, é recomendado anotar todas as humilhações sofridas, os colegas que testemunharam o fato, bem como evitar conversas sem testemunhas com o agressor e buscar o apoio da família e dos amigos.

Segundo José Cairo Júnior, "extraí-se a delimitação dos contornos do assédio moral por meio de obras que são fruto de pesquisas de ciências não jurídicas, principalmente da psicologia, posteriormente aplicadas ao meio ambiente laboral" e ainda adiciona que "apesar da lacuna normativa específica, o ordenamento jurídico pátrio, por intermédio de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, obstam a prática de condutas antijurídicas e garantem às vítimas de danos morais o direito à reparação, incluindo aqueles decorrentes da prática do assédio moral" (CAIRO JÚNIOR, 2013).

No domínio da administração pública, já há normas regionais que conceituam e proíbem a prática do assédio moral, a exemplo da Lei nº 3.921, art. 1º, de 23.08.2002, do Estado do Rio de Janeiro, e da Lei nº 12.250, de 09 de fevereiro de 2006, do Estado de São Paulo, que veda o assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta e fundações públicas.

Na Constituição Federal de 1988, há diversos dispositivos dessa espécie, como o art. 1º, III (proteção à dignidade da pessoa humana), art. 5º, X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), art. 170, caput (RODRIGUES, 2012).

Nesse sentido, considerado o aspecto difuso constitucional, o artigo 225 da CF/1988 pressupõe ser direito de todos o meio ambiente equilibrado, que é de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, inserindo neste está o meio ambiente do trabalho. Já a Lei nº 11.514/07 (Lei das Diretrizes Orçamentárias), em seu artigo 96, § 1º, V, veda a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos

ou financiamentos pelas agências financeiras oficiais de fomento às instituições cujos dirigentes tenham sido condenados por assédio moral ou sexual.

A Portaria SIT/DSST nº 9, de 30.03.2007, por sua vez, aprova o anexo II da NR-17 – Trabalho em Teleatendimento/Telemarketing, coíbe, expressamente, a prática do assédio moral; Quanto à competência para julgar as reclamações trabalhistas onde se pleiteia indenização por danos morais, não há mais qualquer dúvida a respeito da competência do Judiciário Trabalhista, tal qual previsto no artigo 114, inciso VI, da CF/1988, para conhecer e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.” Além disso, consta expressamente como objeto da Súmula nº 392 do TST:

“Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido”.

Doutra banda, na esfera cível, de acordo com o artigo 942 do Código Civil, a responsabilidade objetiva do empregador não exclui a responsabilidade solidária do empregado causador do dano.

## **CONCLUSÃO**

Através do presente artigo, comprova-se que o assédio sexual é conceituado basicamente como o comportamento iminente por um sujeito que, através de insinuações, gestos, contatos físicos ou qualquer ato impertinente classificado como caráter sexual cause constrangimento e atinja diretamente a liberdade sexual da vítima, pois no qual tais ações a vítima não tem permitido.

O objetivo principal é atestar que o assédio sexual ocorrido em um ambiente de trabalho deverá ser tratado com mais importância devido a falta de legislações específicas na própria CLT. Conforme exposto, a doutrina é divergente quanto à necessidade ou não do ato importuno advir de um agente que se utilize de sua superioridade hierárquica, a fim de obter, através de “moeda de troca”, vantagem ou favorecimento sexual.

No entanto, é visto com clareza que a jurisprudência já vem se posicionando a favor da caracterização do assédio sexual no âmbito trabalhista sem que haja não somente seja conduta proferida por superior hierárquico, como também outros agentes que pratica no ambiente de trabalho sedo assim, a mesma irá se

configurar mesmo se ato for praticado por empregado de mesmo condição hierárquica.

Em que pese o trabalho tenha alcançado seus objetivos, tem-se que, parte da doutrina atual e da jurisprudência já compreende o assédio sexual ocorrido em uma relação de emprego, não só acontece no papel de superior hierárquico como também colegas, e outras pessoas que se encarrega nas relações de trabalho.

Já concretizado, demonstrou-se ainda que a responsabilidade do empregador seja independentemente de que a conduta seja proferida por ele, cabendo a aplicação do artigo 933 do Código Civil Brasileiro e tendo por suporte a culpa in eligendo e a culpa in vigilando, que se concretiza devido a sua responsabilidade em face dos seus empregados, entretanto, poderá regressar em ação contra o causador do dano.

Por fim, que o contrato do empregado, vítima da conduta violadora, ainda poderá ser rescindido de forma indireta tendo em vista a previsão legal da Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigos 482, alínea "b" e o 483, o qual prescreve que, em caso de incidência de qualquer das alíneas do referido artigo durante o contrato de trabalho considerar-se-á o contrato rescindido, cabendo resultando ainda ao cabimento de indenização.

Importante que os empregadores e legisladores se conscientizem de que o assédio sexual é uma realidade que merece atenção e deve ser tratada preventivamente e que deve ser preconizada.

Inclusive o empregador pode iniciar realizando uma política de prevenção desde o início da relação laboral, incluindo no contrato de trabalho, cláusula que responsabilize o empregado por atitudes ilegais, anunciando desde o primeiro momento seu interesse e fiscalização acerca do assunto.

Na legislação trabalhista não existe expressamente penalidade para o assediador ou mesmo um meio que resguarde os direitos de rescisão contratual do assediado. Todavia, através da interpretação dos art. 482 e 483 da CLT, pode se aplicar justa causa e rescisão indireta por casos de assédio sexual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de set.2019.

BONTEMPO, Gabrilla (2018). **Transtornos mentais e comportamentais afastaram 178 mil pessoas do trabalho em 2017**. Disponível em: <<http://www.trabalho.gov.br/noticias/6588-transtornos-mentais-e-comportamentais-afastaram-178-mil-pessoas-do-trabalho-em-2017>>. Acesso em 24 de set.2019.

**BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE)**. Assédio moral e sexual no trabalho. Brasília: MTE, ASCOM, 2009.

**BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, 01 de maio de 1943.

BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

CAIRO JÚNIOR, José. **Assédio moral no trabalho**. 2013. Disponível em: <<http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/47-dano-moral/3831-assedio-moral-no-trabalho>>. Acesso em 29 de set.2019.

CATALDI, Maria José Giannella. **O Stress no meio ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FREITAS, Maria Ester de. **Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações**. Revista de Administração de Empresas. V. 41. São Paulo. 2012.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio Sexual nas Relações do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal – Direito Penal – Parte Especial** – v.3. São Paulo: Método, 2ª ed., 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo, Saraiva, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação Sexual e discriminação no Emprego**. coord. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Aloysio. **Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatuárias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



---

[1] Prof. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

