

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1189

(Ano XVI)

(10/02/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1189



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1189 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 369 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



**O projeto de poder de um presidente que se diz comunista:
A grande arma da democracia é a palavra para mostrar o
que é fato e o que é narrativa**
Ives Gandra da Silva Martins, 08.

ARTIGOS

**Os desdobramentos corrosão da liberdade de informação durante a
operação lava-jato**

Adel El Tasse, 14.

A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato

Emanuely Cristiny Silva de Carvalho, 18.

Assédio sexual e moral contra a mulher no ambiente de trabalho

Alexandre Vitorio Andrade de Arruda, 34.

**O dever de motivação dos atos e das decisões administrativas e as
alterações da LINDB**

Felipe Miranda Ferrari Picolo, 53.

**A mera contribuição financeira de um indivíduo para promover e financiar
pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, configura o
crime de organização criminosa?**

Eduardo Luiz Santos Cabette e Joaquim Leitão Júnior, 70.

**O princípio da confidencialidade na mediação – uma abordagem entre
Brasil e Portugal**

Daniel Magalhaes Albuquerque Silva, 79.

Da (des)necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia

Paulo Figueiredo Fonseca Lima, 93.

**A importância da inclusão e regulamentação do testamento vital no
ordenamento jurídico brasileiro para o respeito da autonomia da vontade
do paciente**

Hilberth Sousa de Oliveira, 108.

Cabimento de recurso especial por violação a decreto presidencial

Nícolas Bortolotti Bortolon, 127.

Princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial

Samara Jacquiminouth Tavares, 147.

A mediação e conciliação como instrumentos de efetivação da justiça distributiva nos conflitos fundiários rurais coletivos

Ariadni Cristina Mecenas De Freitas, 164.

Adoção à brasileira: um ato de amor ou crime?

Filipe Diniz Pedrosa, 181.

Violação dos direitos civis das transexuais no Sistema Penitenciário brasileiro

Luana Rosario Santos, 194.

A maternidade atrás das grades e a falta de atenção aos direitos básicos à saúde da mulher gestante aprisionada

Paulo Henrique Vieira Aquino, 210.

A primazia do princípio do melhor interesse da criança no âmbito do reconhecimento da paternidade socioafetiva

Beatrice Miglioranza Evangelista, 228.

Limites da sucessão legítima e testamentária – comparação entre os sistemas de civil law e common law

Rafael Bortoletto Sette, 250.

Um primeiro olhar ao enquadramento normativo da Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel) ao mundo dos fatos.

Paula Naves Brigagão, 289.

Regularização Fundiária

Sandro Vescovi Mozer Barbosa, 311.

O efeito suspensivo automático atribuído aos embargos à execução fiscal

Graziela Mitsue Uemoto Maciel Martins e Roberta Vieira Gemente de Carvalho, 329.

A corrupção política no Brasil: os reflexos na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e sociais

05/02/2024 04:19 | Josilaine Alexandre Polvere

O PROJETO DE PODER DE UM PRESIDENTE QUE SE DIZ COMUNISTA: A GRANDE ARMA DA DEMOCRACIA É A PALAVRA PARA MOSTRAR O QUE É FATO E O QUE É NARRATIVA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS: professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifieo, UniFMU, do Ciee/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região¹.

Hoje escreverei sobre teoria de poder e aquilo que entendo esteja ocorrendo no Brasil, mas com visão, embora de professor universitário, mais de historiador do que de jurista ou de filósofo. Escreverei sobre o que parece fundamental, de como a história vê a realidade dos fatos.

Para o historiador, interessam os fatos, não as narrativas de quem está no poder. Porque quem está no poder busca sempre, com suas narrativas, justificar o que está fazendo.

O historiador vê os fatos que são as consequências daquilo que quem está no poder ou está provocando ou está vendo.

É um fato que o presidente Lula declarou no Foro de São Paulo que ele se orgulhava de ser comunista.

Quem conhece Marx sabe perfeitamente que Marx queria eliminar por completo todos os opositores para impor o que ele chamava de ditadura do proletariado, inclusive justificando meios violentos para afastar aqueles que pensassem de forma diferente.

Também é fato que o Presidente da República declarou que ele se sentia orgulhoso de ter colocado um ministro comunista no Supremo Tribunal Federal.

É algo que, efetivamente, para o Poder Judiciário, cuja função é interpretar o direito sem se imiscuir na política, esse fato é um fato preocupante. Como também é

¹ , professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia), doutor honoris causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs PR e RS, catedrático da Universidade do Minho (Portugal), presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP, ex-presidente da Academia Paulista de Letras (APL) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp).

fato que o Ministro Dino no Supremo segundo o presidente Lula exercerá também função política. O Supremo, tendo um

político, evidentemente poderá ver os fatos diferentemente daqueles que lá estão, apesar de hoje muito mais voltados ao Executivo do que estavam no passado, não terem essa sensibilidade, por serem especialistas no direito.

É um fato que o presidente Lula recebeu Maduro, ditador da Venezuela, com tapete vermelho. E que ele tem relações de grande amizade com Ortega, com os ditadores de Cuba, com Putin, ditador da Rússia, e com o Xi Jinping, ditador da China. É fato também que, por ser praticamente antiocidental, hoje está contra Israel e a favor do Hamas. Estou falando de fatos. Aquilo que, enfim, são fatos encontrados na realidade brasileira. Chegou até a dizer que os Estados Unidos orientaram, por seu departamento de Justiça, a Operação Lava Jato contra a Petrobrás.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, apesar de constituído de grandes ministros, passou a ter, desde o ano passado, uma certa condução política. Isso declarado pelos próprios ministros. Um dos ministros do Supremo declarou que eles derrotaram o bolsonarismo. Uma diferença de apenas 2 milhões de votos entre 60 e 58 milhões. Mas não é função do Supremo derrotar o bolsonarismo. Um outro ministro declarou que eles garantiram a eleição do Lula.

Também é verdade que os veículos favoráveis ao presidente Bolsonaro, esses veículos, nos últimos 15 dias que antecederam as eleições, foram desmonetizados e proibidos de veicular matéria contra o presidente Lula ou o candidato Lula.

Um dos aspectos que impressiona nas ditaduras da Venezuela, de Cuba, da Nicarágua, da Rússia e da China é que o Poder Judiciário é submisso ao Poder Executivo.

E hoje nós vemos um Poder Judiciário que vai a solenidades com Presidente da República e está em permanente apoio ao que o Presidente da República diz. No próprio discurso, durante as “comemorações” do dia 8 de janeiro, o ministro Alexandre Moraes e o presidente Lula, num discurso fora do contexto, criticado até pelos editoriais dos grandes jornais, como a Folha de S. Paulo e o Estado de S. Paulo, declararam que eram os grandes defensores da democracia e queriam o controle das redes sociais. É um fato que todos ouviram.

É um fato também que o que ocorreu no dia 8 de janeiro foi algo que todos sabiam que não poderia ser um golpe de Estado.

O fato é que as Forças Armadas, eu dizia isso desde agosto do ano passado, como professor da Escola de Comando de Estado Maior do Exército onde ministrei aulas de direito constitucional até 2022 para aqueles coronéis que, dentre eles, no fim do ano seriam escolhidos, os generais de brigada daquele ano, que as Forças Armadas nunca embarcariam na iniciativa de dar um golpe de Estado. Isso já ficara demonstrado desde quando era presidente e chefe das Forças Armadas, o presidente Bolsonaro. Naquele período não houve a menor tentativa de golpe, porque as Forças Armadas jamais o dariam.

À evidência, com muito mais razão não haveria golpe a partir do momento que o Presidente Lula passou a ser chefe das Forças Armadas!

Ora, um grupo desarmado, de pessoas sem nenhum passado, sem ficha policial e, ao mesmo tempo, pessoas que, de rigor, tinham, segundo os jornais, um deles, uma faca, não poderiam em nenhum lugar do mundo e nem no Brasil dar um golpe de Estado. Basta lembrar que um pequeno contingente de soldados, sem ter dado um tiro, conseguiu desocupar os prédios públicos e prender mil e setecentas pessoas, em alguns minutos apenas.

Não houve golpe de Estado, porque não era possível um golpe sem armas, sem Forças Armadas, que estavam do lado do governo cujo chefe era o presidente da república, por isso não houve também atentado violento ao Estado de Direito. O Estado de Direito depende dessa segurança para ser mantido. Ele estava inteiramente com o presidente.

Também é um fato que, hoje, o conceito de democracia é um conceito que não é dado pelo povo, mas é definido por ministros do Supremo Tribunal Federal, que falam o que é democracia e a defendem.

Também, outro fato, há limitações na liberdade de expressão no país e há também presos políticos, porque esses presos, do dia 8 de janeiro, são presos políticos. Pessoas que sem nenhum passado criminal, sem nenhuma arma, incapazes de dar um golpe de Estado, foram condenadas a 17 anos por terem expressado e destruído alguns prédios públicos, como o pessoal do MST e o pessoal do PT fizeram na Câmara dos Deputados, no governo do Michel Temer, sem terem sido condenados por atos golpistas. Ou como se tentou fazer, na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por ocasião da votação da privatização da Sabesp, um grupo também de esquerda, soltos em 24 horas.

Isso levou o V-Dem Instituto da Universidade de Gotemburgo, na Suécia, que eu o cito sempre, a declarar que o Brasil é uma democracia relativa, que aqui há presos políticos e aqui no Brasil nós não temos liberdade de expressão.

Esses fatos é o que os historiadores verão no futuro e que nós estamos vivendo na atualidade.

E é por essa razão que eu gostaria de lembrar um outro fato que me preocupa, e esse mais do que outros.

A reforma tributária terminou com a federação, pois o que caracteriza uma federação é sua autonomia política, administrativa e, principalmente, financeira.

O direito de definir aqueles tributos que são da sua competência dentro do âmbito da propriedade federativa.

Para os municípios, o grande imposto era o ISS, para os estados, o ICMS. Agora haverá apenas autonomia política e administrativa. Não haverá mais autonomia financeira. Todo o IBS, que é dos estados e municípios, será definido em lei pela União, que terá que seguir o regime jurídico do CBS.

E quem vai receber, distribuir, controlar, devolver aquilo que for necessário é um conselho instalado em Brasília com 27 representantes dos municípios, 27 representantes dos estados, mas subordinados a uma legislação definida pelo Congresso Nacional.

O que vale dizer, em outras palavras, aquele poder que as Assembleias Legislativas tinham de definir o regime jurídico, não existirá mais.

Isso será definido na forma de execução das leis aprovadas no Congresso Nacional por um conselho em que cada estado vai ter um delegado, que não se sabe qual será, e 5.569 municípios terão 27 delegados. Vale dizer, perderão a possibilidade de decidir em casa e serão subordinados a um conselho.

Num regime que vai devolver tributos e num regime que vai compensar, inclusive, estados e municípios que perdem, mas de acordo com critérios que vão ser estabelecidos e que, evidentemente, levarão os estados e municípios que vão perder receita a estarem com um pires na mão durante o governo. É um projeto de poder.

A própria competência das entidades federativas de definirem as alíquotas no regime jurídico imposto pela União é relativa, pela impossibilidade de se alterar o regime. Em outras palavras, dificilmente o farão.

Com a concentração da autonomia financeira das diversas entidades federativas na União, Brasília passa a ser não só a capital do país, mas, de rigor, o lugar onde se definirá toda a história de todas as entidades federativas.

Portanto, um projeto de poder na definição da democracia, um Poder Judiciário vinculado ao poder executivo nas decisões, nas suas declarações dos ministros e um Congresso Nacional que, em última análise, o governo, por enquanto, está sendo obrigado a conceder emendas para a destinação de verbas para determinados locais, para determinadas áreas de influência de alguns políticos, a fim de, com isso, ir também aprovando seus projetos no Congresso.

Há, portanto, um projeto de poder, de considerar que todos os pensam de forma diferente, para, enfim, desvirtuar o pensamento conservador, pois quem pensa diferente passa a ser bolsonarista. Sem se perceber, e tem consciência que se percebe, que uma parte daqueles que votaram em Bolsonaro não eram bolsonaristas. Votaram em Bolsonaro porque não queriam Lula. De rigor, dos 150 milhões de eleitores, Lula só teve 60 milhões de votos. **Vale dizer, 90 milhões de brasileiros não queriam o presidente Lula no poder.**

Então, dentro dessa linha, evidentemente, há um projeto de poder. Um projeto de concentração de poder. Um projeto de tentar desfigurar a oposição, os conservadores, fazendo com que esses pensadores recebam sempre o cunho de bolsonaristas, sabendo que, assim fazendo, a imprensa se coloca contra, porque no período do ex-presidente Bolsonaro, ele foi inábil no contato com a imprensa, além de reduzir os anúncios oficiais.

A maior parte da imprensa se colocou, durante os quatro anos, contra Bolsonaro e continua criticando pela forma como foi tratada pelo governo, principalmente em **nível de receitas**, que é o que não acontece no governo atual: que voltou a colocar os anúncios que a imprensa precisa, o que se compreende perfeitamente, porque, realmente, a imprensa tradicional depende dos anúncios para manter as equipes, que não são baratas.

E a grande parte de conservadores, que não querem o marxismo, já que o presidente Lula se disse comunista e colocou um ministro que se declara comunista no Supremo.

Mas, a essa altura, como todos os conservadores para a esquerda são considerados bolsonaristas, cria-se a ideia que quem é bolsonarista não pode pensar em democracia e os da esquerda são os únicos que sabem bem o que é a democracia, que é o caminho de pensamento único e socialista.

É dentro desse quadro parece-me que nós estamos, em um processo de tornar o Brasil de rigor, como dizia Gramsci "**uma das formas da esquerda de conquistar o poder é utilizar todos os caminhos da democracia**" e implantar a ditadura. Nós estamos a caminho, no Brasil, das trilhas gramscianas, daquele filósofo e cientista

político que percebeu que, em muitos países, a ditadura de esquerda era conseguida **por meio de processos ditos democráticos.**

Creio que a única forma que os conservadores têm de combater, numa democracia, esse quadro é utilizar o que eu mesmo, como conselheiro da OAB, de 1979 a 1984, usei, ou seja, a palavra. Se mais pessoas tiverem a coragem de dizer o que está acontecendo e não tiverem receio de ser perseguidas por pensarem de forma diferente do governo e continuarmos a defender o que a democracia se faz com o diálogo amplo, respeitoso, mas permanente entre as teses de situação e oposição, se nós não fizermos isso, nós correremos a passos largos para uma ditadura.

Como um velho professor de direito, acostumado a escrever sobre direito, economia, ciência política, filosofia, história e literatura, que completará 89 anos em 12 de fevereiro, venho aos brasileiros e, especificamente, aos meus leitores fazer esse apelo: que tenhamos coragem de utilizar a grande arma da democracia, que é a palavra, a fim de mostrar quais são os fatos e não as narrativas que hoje estão dominando o país.

Os desdobramentos corrosão da liberdade de informação durante a operação lava-jato

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

A cada semana, novas revelações sobre os métodos utilizados na operação lava-jato, vão deixando escancarado o pior da cultura punitivista e das construções baseadas no afastamento das barreiras dogmáticas do Direito Penal.

Desde integrante do Ministério Público Federal afirmando que determinado réu tinha que “mijar sangue”, passando por combinação entre acusador e juiz, afora a tão sabida fábrica de delações premiadas com suas rentáveis estruturas, agora se ingressa na manipulação dos meios de comunicação.

Informações recém reveladas, obtidas na operação spoofing, tornam evidente que a lava-jato, durante sua atuação, pautou grande parte dos meios de comunicação, selecionando as informações que deveriam ser divulgadas e a forma como deveriam ser tratadas.

De um lado, a prática do release em detrimento do jornalismo investigativo, pela qual a informação pronta e parcial é transmitida como verdade, foi constante nos maiores meios de comunicação e por outro, agora fica evidente que as notas publicadas por Organizações Não Governamentais, teoricamente comprometidas com o combate à corrupção, não passavam de engodo, ou seja, de uma construção a quatro mãos entre ONG e Lava-jato.

Essas denúncias têm sido recebidas na sociedade brasileira com certa neutralidade, mas, na verdade, são gravíssimas, pois, deixam manifesto como, a partir do preconceito de parte da população brasileira com a classe política, em especial de esquerda, foi possível fazer ruir rapidamente diferentes estruturas civilizatórias.

A questão é singela, o poder punitivo sempre tende ao descontrole, visto que as pessoas a exercê-lo, desejam sua ampliação, pois, o seu exercício confere a sensação de ser especial, diferente, acima do bem e do mal, com o domínio sobre outros seres humanos, o que dentro da história humana tem sido um traço importante, o qual analisei

detalhadamente no livro *“O que é a Impunidade”*, concluindo pela sua relevância na própria busca humana da sensação de superioridade e domínio para, psicologicamente, enganar a certeza da mortalidade.

Por essa tendência ao descontrole, verificada, de forma contundente, em alguns momentos, como na experiência nazi-fascista europeia, é estruturado o conceito de Direito Penal científico, com conteúdos dogmáticos impositivos a todos e não possíveis de afastamento, sequer pela legislação, mesmo que constitucional.

A compreensão dessa ideia é essencial como salvaguarda do Estado Democrático e da efetiva dignidade humana, pois, as barreiras dogmáticas de Direito Penal, justamente, tem o escopo de frear o poder punitivo, impedindo, nos momentos nos quais o discurso punitivista produz a irracionalidade social, seja autorizada a intervenção excessiva sobre as pessoas, bem como, haja corrosão das instituições e rebaixamento civilizatório.

No livro *“Contra Lava Jato”*, publicado ainda em 2018, já analisava como as bases estruturantes de referida operação nada apresentavam de inovadoras, sendo repetições das técnicas utilizadas desde tempos remotos para corroer as estruturas, ainda que mínimas, de proteção das pessoas contra o poder punitivo.

O caminho é o da geração discursiva de um mal com força descomunal, ampliando continuamente a retórica de sua presença, poder e necessidade de combate, para, então, apresentar o poder punitivo como solução e, claro, como o mal tem poderes descomuns, os poderes de quem exerce o poder punitivo também o deve ser amplificado ao máximo, sob pena de sua fragilidade tornar impossível combater o mal.

Após a segunda guerra mundial, a compreensão dessa estratégia de incremento do poder punitivo, fez o Direito Penal assumir papel significativo na preservação da democracia, com sua estruturação científica, superando o direito positivo, especificamente em relação às barreiras dogmáticas de proteção das pessoas.

Na lava-jato, a questão real nunca foi a corrupção, pois, sabidamente este grave problema social depende de enfrentamento por diferentes estratégias, inclusive as não punitivas, como as educacionais, a partir do profundo aprendizado e desenvolvimento dos valores éticos. De qualquer sorte, a corrupção serviu ao papel de mal a ser combatido, permitindo gerar comoção social, assemelhada ao pânico com as bruxas durante a Idade Média.

A maximização contínua do discurso de luta do bem contra o mal foi permitindo invadir as diferentes instituições civilizatórias do País. Houve claro emparedamento das instâncias judiciais recursais. Silenciamento do discurso crítico pela perseguição direta a

quem o fizesse, inclusive nos meios acadêmicos. E, agora se sabe sem dúvidas o que sempre foi objeto de suspeitas, pelo controle da divulgação da informação.

A demonstração contundente de diálogos da lava-jato, combinando notas públicas com ONGs e construindo releases a pautar os grandes meios de comunicação não pode ser normalizada, pois, diante de atuação corrosiva de instituições fundamentais para que a própria civilidade exista e seja garantida a pluralidade de opiniões e o debate livre, essenciais para a democracia.

A propósito, ações dessa natureza, de controle dos meios de comunicação, foram essenciais à assunção do Estado Alemão pelos nazistas e, em sociedades contemporâneas, conscientes do mal que podem produzir, não podem ser aceitas ou tratadas como menores.

Com efeito, a experiência lava-jato deixou patente certa facilidade em produzir a irracionalidade social no Brasil e, a partir dela, destroçar as instituições garantidoras da democracia e do avanço civilizatório.

As verificações anteriores conduzem à reflexão da necessidade da retomada de algumas questões relevantes para a preservação do Estado Democrático no Brasil e proteção das pessoas contra o abuso no exercício do poder.

Primeiro e evidente, não há tempo a esperar para a retomada, com profundidade, da cientificidade do Direito Penal, com o total repensar do modelo atualmente existente nas faculdades de direito, pelo qual a maior parte prioriza a preparação para o exame da OAB e provas de concurso, em simples repetição conceitual, renegando a formação efetiva ao esquecimento.

Quando, um profissional do direito, em uma defesa perante a Corte Máxima, confunde Maquiavel com Saint-Exupéry, deixando evidente que não leu nem um nem outro, o problema não é ele, pois, o que se vê é a manifestação de uma patologia, a do destroçamento da formação nas faculdades de direito, onde as pessoas não leem, não debatem, não pensam ciência, apenas, decoram conceitos, nomes e frases.

O Direito Penal talvez seja uma das principais vítimas desse ensino universitário puramente informativo, pois, a sua essencialidade se perde, a qual está em sua função de contenção do poder punitivo e, portanto, na sua estruturação científica proclamatória de barreiras dogmáticas.

Nessa toada, há relevância em que Juízes e Tribunais superem a lógica punitivista implantada nos últimos anos e passem a analisar de forma acurada, nos casos concretos, se todas as barreiras dogmáticas que permitem franquear o exercício da parte menos irracional do poder punitivo, foram atendidas, não admitindo em hipótese alguma,

desrespeitos a elas ou ao devido processo legal, suplantando em definitivo as construções que destroçam todo o sistema de garantias, em nome de uma simples proclamação retórica de razoabilidade.

Além disso, há de se pensar os meios de comunicação, todos eles, desde a grande mídia até as redes sociais, pois, nada difere as fake news destas, da notícia parcial gerada por simples replicar de releases ou de notas sob encomenda, daquela.

Em hipótese alguma qualquer mecanismo de censura pode ser aceito, mas, para que a liberdade seja plena, é fundamental o enfrentamento dos monopólios nos meios de comunicação, da manipulação de informação e construção parcial de notícias. A não censura se coaduna perfeitamente com a existência de legislação que impeça a formação de monopólios nos meios de comunicação, incentive o jornalismo investigativo e estructure valores éticos essenciais na divulgação de fatos.

A fixação de responsabilidade nas redes sociais também se coaduna com a inexistência de censura, quando são combatidos o discurso do ódio, a sua utilização para o cometimento de crimes ou a divulgação de informações sabidamente falsas.

Os diferentes povos, quando se conscientizarem de haver cometido atrocidades, valeram-se da experiência para corrigir erros e reconstruir-se, com o objetivo de criar mecanismos para impedir no futuro a repetição dos mesmos erros.

Superada a “cruzada lava-jato” restou a contundência de vários danos à estrutura democrática e a consciência disso somente pode conduzir ao reconstruir, com finalidade de criar mecanismos impeditivos de que ocorrido possa ser repetido.

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE PECULATO

EMANUELY CRISTINY SILVA DE CARVALHO:
Graduada em direito do Centro Universitário
Santo Agostinho².

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA

(orientadora)^[1]

RESUMO: O presente artigo tem o desígnio dirimir sobre o crime de peculato, seu histórico, conceito, fazendo uma análise da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato, sua evolução histórica, mostrar as correntes divergentes de entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, fazendo uma posição crítica sobre essa aplicabilidade. Em suma, este trabalho busca mostrar a necessidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a administração pública, fazendo jus a última ratio do direito penal.

Palavras-chave: Peculato, Princípio da Insignificância, Crimes contra a Administração Pública, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This article aims to settle the crime of embezzlement, its history, concept, analyzing the applicability of the principle of insignificance in crimes of embezzlement, its historical evolution, showing the divergent currents of understandings of the Superior Court of Justice and the Supreme Court Federal, taking a critical position on this applicability. In short, this work seeks to show the need to apply the principle of insignificance in crimes committed against the public administration, living up to the last ratio of criminal law.

KEYWORDS: Embezzlement, Principle of Insignificance, Crimes against Public Administration, Federal Supreme Court and Superior Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato. Para isso, é necessário entendermos o conceito do princípio da insignificância e os requisitos para sua aplicação. Da mesma forma, o conceito de peculato, sua disposição legal e suas modalidades.

² E-mail: emanueleycar2@hotmail.com

A República Federativa do Brasil se estabeleceu como um Estado Democrático de Direito, tendo uma busca constante de um direito penal, fragmentário e subsidiário, devendo ser invocado somente nas situações onde os demais ramos do direito não se encontrarem hábeis a propiciar pacificação social. Não cabe ao Direito Penal a proteção de todo e qualquer bem, mas sim a menor parcela deles. Sendo selecionado os bens considerados, em tese, mais importantes para ficarem sob a proteção do Direito Penal.

O Direito Penal por ser fragmentário, possui a incidência de alguns princípios, como o princípio da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que funcionam como norteadores na seleção dos bens que deveram ser protegidos pelo Direito Penal. Com isso, temos também o princípio da insignificância, que a depender do caso, pode afastar a incidência das sanções graves do Direito Penal mesmo que o bem afetado esteja sob a proteção do mesmo.

Dentre os bens selecionados para estarem sob a proteção do Direito Penal, temos a Administração Pública, sendo tanto os bens pertencentes a ela bem como os bens que estão sob seus cuidados. Sendo estabelecido o crime de peculato para atos praticados por funcionário público contra a Administração em geral. Encontra-se disposto no artigo 312 do Código Penal, trazendo quatro modalidades, peculato apropriação, desvio, furto e culposos.

Sendo feito uma análise sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos por funcionário público contra a administração em geral, em conjunto com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Visto que, existe uma divergência de entendimento entre os tribunais superiores quanto a aplicabilidade do referido princípio nos crimes de peculato.

2. CRIME DE PECULATO

2.1 Origem

Diversos são os delitos previstos em nosso ordenamento jurídico, não sendo diferente no âmbito do Direito Penal, que devido ao seu caráter fragmentário, permite a incidência dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que impõe limite ao Direito Penal, após isso o Direito Penal seleciona os bens fundamentais que passarão a ficar sobre sua proteção. Dentre os bens tutelados como mais importantes e que precisam de uma atenção maior, temos os bens pertencentes ao Estado ou que estão sobre a sua proteção. Sendo tipificados como crime de Peculato ou crimes contra a administração pública.

O crime de peculato surge no direito Romano para definir o momento em que ocorre a subtração por parte do agente do bem pertencente ao Estado. Naquela época, a utilização do termo peculato era diversa do entendimento existente hoje. Desse modo, para que a conduta do agente caracterizasse crime de peculato bastava apenas que qualquer indivíduo (não sendo necessário a vinculação do mesmo com o Estado), subtraísse algum bem pertencente ao Estado. A origem do termo “peculato” vem do Latim, *peculium* ou *pecus*. Termo esse que era utilizado antes do surgimento da moeda no formato de peculatos ou depeculatos, a moeda usada no momento eram os animais, como bois e carneiros, representando a maior riqueza do Estado.

Nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

O crime de peculato tem suas raízes remotas no direito romano e caracterizava-se pela subtração de coisas pertencentes ao Estado. Essa infração penal recebia o nome de *peculatus* ou *depeculatus*, oriundo de período anterior à introdução da moeda, quando os animais (bois e carneiros) destinados ao sacrifício em homenagem às divindades consistiam na riqueza pública por excelência. Na verdade, o gado representava o patrimônio mais importante da sociedade da época, que o utilizava como moeda primitiva. As moedas, na sua origem, eram confeccionadas com pele de animais e só posteriormente passaram a ser cunhadas em metal, com a imagem de um boi (BITENCOURT, 2021, p.51)

Assim, é possível afirmar que o animal representa o bem mais importante daquela época, sendo utilizado inclusive como moeda primitiva. As penas adotadas eram severas, consistiam em trabalhos pesados em minas, podendo chegar à pena de morte. Esse tipo de sanção perdurou até a Idade Média e teve sua aparição no Brasil em 1830, por meio das Ordenações Filipinas. Somente no Código Penal de 1940 que chega à definição do crime de peculato, sem diferenciar os bens públicos dos particulares.

2.2 Conceito

No âmbito do Direito Penal possuímos os crimes contra a administração pública praticados por funcionário público. Tal delito está disposto no artigo 312 do Código Penal que diz: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desvia-lo em proveito próprio ou alheio”, conhecido como Peculato.

O crime de peculato de peculato consiste na conduta delituosa praticada pelo agente (funcionário público ou terceiro que age em conjunto com o funcionário público) na intenção de se apropriar, desviar, furtar ou que negligência seu dever de cuidado.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 diz: “A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência”. Os mencionados princípios fazem parte dos cinco princípios da Administração Pública (LIMPE). O princípio da legalidade fala do cumprimento da lei (lei acima dos interesses privados), o da impessoalidade é o tratamento igualitário (não deve existir discriminações entre os cidadãos e cidadãs), o da moralidade diz que deve seguir os princípios éticos previstos pela lei (obrigação dos funcionários públicos de agirem com ética) na publicidade deve haver a prestação de contas por parte dos agentes públicos para com a população (agindo com transparência) e a eficiência fala da boa gestão ou boa administração.

Se tratando do bem jurídico penalmente protegido, temos o patrimônio ou a própria administração pública. A proteção dos bens pertencentes a administração pública está ligada a diversos fatores, como preservação do erário público, a boa funcionalidade da administração pública, a probidade administrativa por parte dos funcionários públicos.

Nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

A existência abstrata ou concreta de um crime — contra a Administração Pública — pressupõe a realização de uma conduta imoral, ainda que nem toda imoralidade possa, por si só, caracterizar um delito. Pode-se afirmar, com base nisso, que a prática de peculato caracteriza crime, em primeiro lugar, por uma lei específica prever a possibilidade de punição (art. 312 do CP), mas essa lei só resta legitimada porque o peculato ofende princípios fundamentais do pacto social democrático. Um servidor, por exemplo, que “desvia verbas, em proveito próprio ou alheio, pratica ato de improbidade administrativa, pois, além de lesar o patrimônio do erário público, ofende os princípios gerais da Administração Pública (BITENCOURT, 2021, p.57)

Desta forma, a conduta delituosa do agente fere com os princípios constitucionais da administração pública (LIMPE) e com a moral administrativa do Estado.

2.3 Sujeito ativo

Quanto ao sujeito ativo do crime de peculato, temos o funcionário público que de acordo com o próprio artigo 312 do Código Penal diz que em regra o crime de peculato só poderá ser cometido por funcionário público, havendo exceção. Que prevê a prática de peculato furto por outra pessoa (particular) que não possui a qualidade especial de

funcionário público, mas que passa a responder por tal delito caso pratique conduta em conjunto com funcionário público. Dessa forma, é necessário que pelo menos um dos autores reúna a condição especial de funcionário público, podendo os demais não possuir tal qualidade. É indispensável, contudo, que o particular (extraneus) tenha consciência da qualidade especial do funcionário público, sob pena de não responder pelo crime de peculato (BITENCOURT, 2021, p.59).

Caso isso ocorra, haverá concurso de agentes entre o funcionário público e o particular (quem praticou a subtração do bem público), pois a consumação necessita da ação conjunta de ambos. É necessário que o funcionário público faça uso da vantagem que possui através do seu cargo para a realização da conduta e que o particular que não possui vínculo com a administração pública tenha conhecimento da qualidade de funcionário público. Assim, caso um dos autores não tenha a qualidade de funcionário público ou o particular que praticou o fato não tenha conhecimento dessa qualidade não responderá pelo crime de peculato.

STF, "Crime próprio, que admite participação" (Inq 3634-DF, 2.^a T., rel. Gilmar Mendes, 02.06.2015, v.u). Ainda: STJ "A descrição de conduta de conselheiro de tribunal de contas que, no exercício da presidência, em conjunto com servidores, saca e se apropria de vultosas quantias em espécie oriundas do próprio tribunal preenche o tipo do peculato-apropriação (art. 312, caput, 1.^a parte, do CP)" (APn 702-AP, Corte Especial, rel. João Otávio de Noronha, 03.06.2015, v.u.) (NUCCI, 2019, p.1432).

2.4 Sujeito passivo

O sujeito passivo é o Estado, é o titular do bem jurídico protegido. No caso do bem protegido pode entrar o bem que estava em poder do Estado (em seus cuidados) e sofreu a lesão, nesse caso proprietário do bem móvel será o sujeito passivo.

Um exemplo seria um indivíduo que teve alguns bens apreendidos, dentre eles um automóvel, que passa a ficar em poder e cuidados do Estado, na garagem de uma delegacia. Um funcionário público subtrai o automóvel utilizando-se da qualidade especial que possui. Nesse caso, o sujeito será o Estado e o titular (proprietário) do bem.

Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt:

Na realidade, o Estado é sempre sujeito passivo primário de todos os crimes, desde que avocou a si o monopólio do ius puniendi, daí o caráter público do direito penal que somente tutela interesses particulares pelos reflexos que sua violação acarreta na coletividade. Com efeito, a lei penal protege, em primeiro plano, o interesse da

ordem jurídica geral, cujo titular é o Estado e, secundariamente, o interesse do particular (BITENCOURT, 2021, p.60)

Desta forma, o sujeito passivo nos crimes cometidos contra a administração pública sempre vai ser o Estado, contudo, sempre que o bem de algum particular for lesado será o titular do bem o sujeito passivo secundário, havendo dupla ofensa aos bens jurídicos protegidos.

3 MODALIDADES DE PECULATO

3.1 Peculato Apropriação

Encontra-se na primeira parte do artigo 312 do Código Penal, que prevê a apropriação por parte do funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo. Segundo diz Greco que a conduta com o verbo apropriar necessita ser compreendida no sentido de assumir assim como propriedade, receber para si, apossar-se forma indevidamente o dinheiro, valor, ou algum diferente bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo.

Para se configurar peculato apropriação, é necessário que além da realização da conduta do agente (funcionário público), que o mesmo pratique a conduta se valendo da sua condição de funcionário público.

Sobre o assunto, diz Cezar Roberto Bitencourt:

O objeto material da ação penal tipificada deve ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que o agente tem a posse (abrangendo a detenção e a posse indireta, desde que lícita) em razão do cargo (*ratione officii*). A exemplo do que ocorre com a apropriação indébita, o funcionário público apodera-se do objeto material que se encontra em sua posse, agindo como se proprietário fosse praticando atos de *animus domini* (BITENCOURT, 2021, p.70)

Assim, no peculato apropriação existe a inversão do ânimo sobre o objeto, o funcionário que tem a posse do bem em razão do cargo passa a se comportar como se o bem fosse seu.

3.2 Peculato Desvio

A segunda parte do caput do artigo 312 do Código Penal trata do peculato-desvio. Modalidade que se configura pelo desvio de um bem móvel sendo este dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo.

Diz o Cezar Roberto Bitencourt em sua obra:

O verbo núcleo desviar tem o significado, neste dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem (BITENCOURT, 2021, p.76)

Desta forma, o agente utilizando-se da qualidade de funcionário público, desvia o bem dando um final diferente da destinação original. Esse desvio deve ser para benefício próprio ou de terceiros, caracterizando o elemento subjetivo especial do tipo.

3.3 Peculato Furto

Encontra-se previsto no primeiro parágrafo do artigo 312 do Código Penal. O peculato furto apresenta de imediato uma diferença entre o peculato apropriação e o peculato desvio, devido o funcionário público não ter a posse do bem, diferente do peculato apropriação e desvio. No peculato furto, o funcionário público não tem a posse do bem, mas subtrai ou age para que outro agente o subtraia para benefício próprio ou alheio.

A conduta típica não é mais de apropriação e sim de subtração (furto). O sujeito ativo não tem a posse da res nem o crime ocorre em virtude de sua função, mas aproveita-se ele da facilidade que a condição de funcionário lhe concede para praticar a conduta. Essa qualidade não é causa do resultado, mas se revela em ocasião para a sua ocorrência. Ausente a facilidade criada pelo exercício do cargo e função não ocorre o peculato, mas simples furto (MIRABETE, 2015, p.288).

Necessariamente deve existir um funcionário público que pratique tal delito utilizando-se da qualidade de servidor público, que o mesmo faça isso para benefício próprio ou para benefício de outrem, ou age para que outro agente (particular) que não possui a qualidade de funcionário público subtraia o bem também para benefício próprio ou alheio, devendo o particular ter a ciência da qualidade de funcionário público do agente.

Assim, se houver a participação de um particular conforme dito anteriormente haverá concurso de agentes entre o particular que subtraiu o bem e o funcionário público, passando o particular a responder por peculato mesmo não tendo a qualidade de funcionário público.

3.4 Peculato Culposo

Previsto no segundo parágrafo do artigo 312 do Código Penal, fala sobre a inobservância do dever de cuidado do funcionário público que é designado para a proteção e segurança do patrimônio da administração pública. O funcionário, por negligência, imprudência ou imperícia, permite que haja apropriação ou desvio (caput), subtração ou concurso (§ 1º) (MIRABETE, 2015, p.289).

No peculato culposo o funcionário público não age diretamente para que o fato ocorra, o fato ocorre pela sua falta de cuidado, o mesmo tem o dever especial de proteção e cuidado com o bem devido a sua negligência permite indiretamente a lesão ao bem protegido. Neste caso o funcionário público responde na modalidade culposa e quem o praticou na modalidade dolosa.

Diante disso, após o entendimento sobre os crimes praticados por funcionário público contra a administração pública em geral, faz-se necessário o entendimento sobre o princípio da insignificância e sua aplicabilidade no referido crime.

4 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

4.1 Origem histórica

Quanto a origem do princípio da insignificância, tem-se dois entendimentos divergentes. A primeira corrente de entendimentos acredita que tal princípio surgiu no Direito Romano antigo, a segunda nega o surgimento do princípio da insignificância no Direito Romano, defendendo que o mesmo surgiu juntamente com o princípio da legalidade, durante o iluminismo, conhecido também como Século das Luzes ou Era da Ilustração.

Porém, o entendimento majoritário afirma que o mencionado princípio surgiu do Direito Romano através do brocardo “mínima non curat praetor”. Tal expressão já era utilizada na idade média para dizer que o praetor ou o pretor (magistrado) não deveria se preocupar com questões insignificantes. Ou seja, o magistrado só deveria se preocupar em resolver questões (condutas) que gerassem lesões graves ou afetassem bens realmente importantes, deixando de lado casos insignificantes.

Assim no que diz evolução histórica, versa (DA SILVA, 2006, p. 88):

É quase pacífico doutrinariamente que o princípio da insignificância promana do brocardo mínima non curat praetor; todavia no que tange à origem dessa máxima há controvérsia sobre a sua existência no Direito Romano antigo. Assim, existem duas correntes de entendimento sobre sua

origem, e conseqüentemente do princípio penal sub examem , a saber: a primeira corrente proclama sua existência no Direito Romano antigo (...); a segunda nega sua existência naquele Direito.

O aspecto existente hoje a respeito do princípio da insignificância se dar através de Claus Roxin, que utilizando o brocado "mínima non curat praetor" formulou um entendimento mais amplo sobre o que deveria ser considerado insignificante. Reintroduzindo no ano de 1964, na Alemanha, o princípio de bagatela ou princípio da insignificância.

Desta forma, estabelece o princípio da insignificância que o Direito Penal só deve ser invocado quando houver gravidade na lesão provocada ou no bem jurídico protegido. Inexistindo esse fato, não deve ser utilizado o Direito Penal devido as suas graves sanções. Entendendo que em lesões insignificantes não deve haver a incidência das sanções do Direito Penal, por serem mais severas, sendo utilizado apenas em condutas que afrontem o bem jurídico protegido.

A utilização de tal princípio só é possível devido ao caráter fragmentário do Direito Penal. Para estabelecer os bens que serão protegidos pelo Direito Penal faz-se uso do princípio da intervenção mínima, que vai limitar o poder do Estado de punir. Através desse limite imposto, será definido até onde poderá chegar o Direito Penal, selecionando inclusive, as condutas que serão vistas como socialmente adequadas.

4.2 Conceito

Para que possamos entender melhor o conceito do princípio da insignificância é necessário falarmos sobre o conceito de crime. O crime, em seu conceito analítico, é constituído pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Para o reconhecimento do fato típico, é necessário a existência de alguns elementos, sendo eles, conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), resultado, nexos de causalidade (momento existente entre a conduta e o resultado) e tipicidade (formal e conglobante).

O princípio da insignificância começa a se materializar com o entendimento da tipicidade penal. A tipicidade penal se divide em formal e conglobante, sendo a formal a adequação perfeita da conduta praticada pelo agente com o tipo penal. Já a conglobante, surge da análise de dois elementos, a existência da conduta antinormativa por parte do agente e a existência de lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente protegido, conhecido como tipicidade material.

Diz Greco:

Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra

essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio –, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor (GRECO, 2016, p.113).

Portanto, tem-se o legislador atento quanto a elaboração das leis, se preocupando apenas com condutas que resultem em lesões graves aos bens juridicamente protegidos, deixando de fora do seu amparo aqueles considerados inexpressivos.

Com isso, voltamos a falar sobre o entendimento de Claus Roxin, que vai de encontro com o princípio da fragmentariedade. Tal princípio permite ao Direito Penal a divisão dos bens por ele protegido, trazendo para o âmbito de sua proteção os bens que julgar de mais importância para o bom convívio em sociedade.

Conforme preleciona Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (ASSIS TOLEDO, 1994, p.133).

Sobre sua aplicação, o princípio da insignificância não incide sobre todos os tipos penais. Existe a possibilidade de tal aplicação em condutas delituosas contra o patrimônio, administração pública, nos crimes de tráfico de drogas (desde que em pequena quantidade, caracterizando para uso próprio).

Diante disso, podemos concluir que não será possível a aplicação do referido princípio sobre qualquer infração penal, sendo feito a análise de qual delito poderá se beneficiar. Com isso, poderá haver decisões absurdas em delitos que gerem lesões inexpressivas pelo não uso do princípio da insignificância.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PECULATO DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS SUPERIORES

5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Para o Superior Tribunal de Justiça é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública (Súmula n. 599, Corte Especial, DJe de 27/11/2017).

De acordo com o entendimento do STJ não se deve olhar para o valor do bem e sim para a moralidade administrativa que está atrelada a ele.

Conforme o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a Administração pública direta e indireta deve seguir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos esses princípios estão ligados tanto a proteção dos bens públicos como para a boa funcionalidade administrativa.

Deste modo toda ação cometida por funcionário público contra a administração pública constituirá em ser dirigido pelo princípio da moralidade administrativa. Nesta definição Meirelles (2012, p. 90) garante que o agente público, como possuidor de capacidade de atuação deve, fundamentalmente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. Deste modo ao atuar, não poderá desfavorecer o artifício ético do seu procedimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica. 2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 3. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 572572 PR 2014/0212773-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/03/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2016)

"[...] PECULATO. [...] PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INVIABILIDADE.

PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, INSUSCETÍVEL DE VALORAÇÃO ECONÔMICA. [...] É inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração Pública, pois a norma penal visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de

valoração econômica (APn n. 702/AP, Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 1º/7/2015).

[...]" (AgRg no HC 188151 SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016)

Desta forma, temos de acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato, devendo o funcionário público prezar sempre pela moralidade administrativa (STJ, 2011, online).

5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal vem com o entendimento totalmente divergente daquele adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o princípio da insignificância deve ser reconhecido e adotado nos crimes cometidos contra a administração pública, desde que seja analisado a presença de vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal já adotou em diversos casos o princípio da insignificância, fazendo a mitigação da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, desde que sejam analisados a presença dos vetores já mencionados. Porém, quando inexistir a presença dos vetores torna inaplicável o princípio da insignificância como pode ser visto em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ementa: HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. PECULATO-FURTO. CRIME MILITAR. MUNIÇÕES DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA QUE PERMITE AO ACUSADO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. RELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "o trancamento da ação penal pela via restrita do habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade" (RHC 119.607, Rel. Min. Luiz

Fux). 2. A denúncia descreve suficientemente os fatos, ao menos em tese, caracterizadores do crime de peculato-furto (art. 303, § 2º, do Código Penal Militar) e está embasada em elementos concretos colhidos no curso do inquérito policial militar. Peça inaugural que permite ao acusado o pleno exercício do direito de defesa. 3. A subtração de munições de uso restrito, de propriedade das Forças Armadas, não permite a aplicação do princípio da insignificância penal. 4. Habeas Corpus indeferido. (STF - HC: 108168 PE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014)

Assim, é possível notar que as decisões do Supremo Tribunal Federal ocorrem após a análise de cada caso, mesmo possuindo entendimento favorável quanto a aplicação da insignificância penal e que a ação estatal do Direito Penal só deve ser invocada quando realmente necessário, quando não houver a presença dos vetores não será possível tal aplicação.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo verificou que o crime de peculato em regra só será cometido por funcionário público, podendo se caracterizar peculato apropriação, desvio, furto ou culposo. Ainda, que o princípio da insignificância exerce um papel muito importante dentro do direito penal, desafogando o judiciário, fazendo com que o direito penal seja invocado apenas em lesões a bens necessários para o convívio em sociedade e quando os outros ramos do direito não puderem solucionar o problema.

Para falarmos da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato, baseia-se no entendimento entre as cortes superiores, que possuem divergência quanto a isso. Possuindo duas linhas de raciocínio uma pelo Superior Tribunal de Justiça e a outra pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, o ordenamento jurídico analisa a perspectiva da execução do mencionado princípio nos crimes contra administração pública, mais precisamente no crime de peculato, efetuado unicamente por funcionário público. Não obstante, a harmonia do princípio da insignificância nunca é pacífica, existindo divergências por meio de doutrinadores e pensamentos jurisprudenciais.

Deste modo o tema objeto do presente trabalho de conclusão de curso ainda é controvertido no que fere acerca da aplicação do direito ao fato concreto. Por isso, foi de suma importância se fazer um estudo a respeito do contexto histórico e conceito do

princípio da insignificância, além de averiguar qual era a sua natureza jurídico-penal do instituto.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não é possível a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a administração pública por se tratar da moralidade administrativa. Em contraponto, temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal aplicando o princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a administração pública desde que seja analisado pontos objetivos e subjetivos sendo eles: o reduzido grau de reprovabilidade do agente, a mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social, maus antecedentes, e habitualidade.

Em suma, a divergência de entendimentos existentes nos tribunais superiores acarreta uma insegurança jurídica, não existindo lei expressa sobre tal aplicabilidade. Quanto a decisão de não aplicar o referido princípio nos crimes praticados contra a administração pública, quando o bem lesado não causar relevante prejuízo para o erário público, temos o direito penal se preocupando com lesões irrelevantes e sendo utilizado quando outro ramo do direito poderia resolver, gerando decisões diferentes para casos semelhantes.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Douglas. **Súmula 599 STJ - In (aplicabilidade) do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública**. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://barretogpi.jusbrasil.com.br/noticias/522442121/sumula-599-stj-in-aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-aos-crimes-contra-aadministracao-publica>>. Acesso em: 25 de abril de 2022;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal 3**. 08. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal. 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/2000)**. São Paulo: saraiva, 2007. p. 3;

BREZOVSKY, Rosimeire de Oliveira. Princípio da Insignificância nos Crimes Contra Administração Pública. *Âmbito Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-199/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contra-administracao-publica/> Acesso 15 de maio 2022;

FERREIRA, MILANNY FREIRE FERRARI. A Administração do Peculato: insignificância e bagatela como ferramenta de política criminal. *Âmbito Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-administracao-do-peculato-insignificancia-e-bagatela-como-ferramenta-de-politica-criminal/> Acesso 10 de maio 2022;

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4 eds. Ampl. Atua. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p.818;

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 58;

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal** - Parte Especial. 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** - Parte Geral. 19º ed. São Paulo: Editora Forense, 2019;

POTER, CRISTIANO. **O crime de peculato e os princípios constitucionais orientadores da administração estatal**. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27926/o-crime-de-peculato-e-os-principios-constitucionais-orientadores-da-administracao-estatal/> Acesso 10 de maio 2022;

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 37;

RIBEIRO, **REGIS REZENDE**. Moralidade Administrativa. **JusBrasil, 2015**. Disponível em: <https://regisrezenderibeiro.jusbrasil.com.br/artigos/115231644/moralidade-administrativa/> Acesso 02 de maio 2022;

ROXIN, Claus. **Derecho penal**- Parte general. Madrid: Civistas, 1997. t.I;

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Ed Juruá. 2006, p. 88;

Superior Tribunal de Justiça STJ - **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL**: AgRg no AREsp 572572 PR 2014/0212773-0. Relator Ministro JORGE MUSSI- Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861799281/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-572572-pr-2014-0212773-0;>

Superior Tribunal de Justiça STJ - **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS**: AgRg no HC 188151 SP 2010/0193359-5. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR- Disponível

em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862014260/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-188151-sp-2010-0193359-5>;

Supremo Tribunal Federal STF - **HABEAS CORPUS**: HC 108168 PE. Relator Min. ROBERTO BARROSO- Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260083/habeas-corporus-hc-108168-pe-stf>;

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTA:

[1] Mestra em Direito Internacional Tributário e Econômico pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Doutoranda em Ciências Criminais pela escola de Direito da PUC/RS.

ASSÉDIO SEXUAL E MORAL CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

ALEXANDRE VITORIO ANDRADE DE ARRUDA³

Resumo: A visão machista de que a mulher é um ser frágil, sem força e sem capacidade para liderar foi criada a partir de um movimento machista que foi surgindo durante a história. Por outro lado, nem sempre foi assim. Durante a fase pré-histórica a mulher era responsável em caçar e enfrentar perigos, enquanto o homem era responsável em proteger todo o seu clã de feras e outros perigos eminentes. Isto é, na sociedade primitiva, a mulher tinha o seu papel delimitado e sua valorização pela sua função exercida na sobrevivência de seus dependentes. Ambas as figuras atuavam de forma mútua em prol de uma ação. Mesmo depois da queda do patriarcado, ainda assim, a mulher sofre os efeitos da sociedade machista que se sustentou por vários anos. Atualmente, a mulher tem buscado direitos e oportunidades iguais, mas ainda há certa desigualdade sobre a forma como a mulher se posiciona na sociedade. Por outro lado, a opressão que mulheres sofrem por causa do patriarcado além de ser atual, constante, também expõe esse problema social a uma repressão, com a tentativa de fazer com que essa opressão possa chegar ao fim. O maior resíduo do patriarcado na atualidade é o assédio moral e sexual contra mulheres no seu ambiente de trabalho, que busca desqualificar a mulher no setor em que está inserida. Assim, esse artigo tem como principal objetivo fundamentar a presença do patriarcado e o protagonismo do homem na sociedade, bem como trazer à luz todo o conhecimento voltado para o tratamento direcionado às mulheres, que por sua vez eram inferiorizadas por seus pais e maridos dentro da sociedade.

Palavras-Chave: Código Penal. Assédio Moral. Assédio Sexual. Mulheres.

Sumário: 1. Introdução; 2. Igualmente perante lei. 2.1 Fatores históricos da mulher subserviente; 2.2 Opressão da mulher perante a figura masculina na sociedade; 2.3 Luta pelos direitos das mulheres; 2.4 Mulher no mercado de trabalho; 2.4.1 Discriminação de Cargos; 2.5 Assédio moral e sexual laboral; 2.5.1 Assédio moral no ambiente de trabalho; 2.5.2 Assédio sexual; 2.5.3 Danos Causados; 2.5.4 Código Penal; 2.5.3 Danos Causados; 2.5.4 Código Penal; 3 Conclusão. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A mulher tem seu papel fundamental e importante na construção da sociedade, visto que sua colaboração envolve tanto suas competências intelectuais, físicas e psicológicas. Em tempos remotos, como na pré-história, a mulher buscava alimentos através da caça e era atuante dentro da provisão de seu lar. Evidenciando a sua relevância e contribuição para a manutenção das famílias.

³ E-mail: alexandrevitorio2012@gmail.com

Com o passar do tempo, esse papel sofreu algumas modificações advindas do patriarcado, no qual essa importância e relevância ficaram em segundo plano, sendo reduzida e minimizada pelos feitos dos homens. Além disso, a função da mulher dentro do lar se reduziu a subserviência, no qual somente tinha direito a servir o pai, marido, filho. Poderes decisórios passaram a ser exclusivamente direcionado aos homens, sendo ele responsável inclusive pela guarda, segurança e proteção dos bens, inclusive da própria esposa, mesmo que fosse o casamento em regime de separação convencional de bens.

Diante a isto, esse artigo tem como principal objetivo fundamentar a presença do patriarcado e o protagonismo do homem na sociedade, bem como trazer à luz todo o conhecimento voltado para o tratamento direcionado às mulheres, que por sua vez eram inferiorizadas por seus pais e maridos dentro da sociedade. Como objetivos específicos buscam-se salientar a importância da conscientização do preconceito estruturado contra a mulher no ambiente laboral, principalmente quando utilizados termos pejorativos ou atitudes abusivas; demonstrar através de pesquisa em artigos e demais fontes, as consequências desses assédios para a saúde da mulher, ocasionada por situações do cotidiano dentro das empresas; traçar uma linha do tempo, realizando um comparativo direto os fatos históricos e a evolução da lei, no que tange a proteção à mulher e sua devida valorização; Ressaltar a individualidade da mulher, evidenciando-a como um indivíduo que não é superior aos homens, mas que possui o mesmo respeito, responsabilidades e direitos.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada nas principais bases de dados tais como Jurisbrasil e outras fontes de pesquisa tais como: Scielo e Google Acadêmico. Além disso, foram adotados critérios, nos quais, foram discriminados os critérios de inclusão e de exclusão de materiais de pesquisa. Para o critério de inclusão, foram selecionados para consulta leis, manuais, código penal, todos que estiveram voltados para os objetivos dessa pesquisa; em contrapartida, foram descartados conteúdos direcionados para outras temáticas alheias ao assédio moral e sexual de mulheres.

2 IGUALDADE PERANTE A LEI

A Constituição Federal de 1988 traz consigo dentro do art. 5º, o princípio que traz a igualdade entre todos os indivíduos, que discrimina que todos são iguais perante as leis, tanto em obrigações quanto em direitos, *in verbis*:

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.

Dentro do princípio da igualdade, há a previsão de igualdade entre os cidadãos e as possibilidades de que todos tenham um tratamento igualitário perante as leis. Desse modo, a própria Constituição prevê que não existam diferenças arbitrárias entre as pessoas, principalmente que estas não sejam justificáveis e constitucionais, vindo principalmente a limitar tanto o legislador, quanto o intérprete ou ainda, as autoridades públicas e particulares (BARRETO, 2017, p. 2).

Dentro da igualdade, pode-se destacar a atuação dos direitos fundamentais, que é justamente os que são necessários para que um indivíduo possa conviver em sociedade, visto que sem esses, nenhuma pessoa sobreviveria, levando em conta que este é considerado de forma universal, incluindo todos os indivíduos humanos (SILVA, 2010, p. 67).

A Constituição Federal de 1988 evidencia que todos são iguais independentes de gênero sexual, e que não deve existir essa distinção perante os direitos e obrigações de ambos dentro da sociedade. Mediante a isto, o princípio da igualdade atua dentro de duas vertentes, sendo elas na lei e perante a lei. Entende-se por igualdade de direito quando não há restrições e distinções entre uma pessoa e outra perante as normas jurídicas, com exceção das distinções que são constitucionalmente autorizadas. (MORAES, 2022, p. 122).

2.1 Fatores históricos da mulher subserviente

A visão machista de que a mulher é um ser frágil, sem força e sem capacidade para liderar foi criada a partir de um movimento machista que foi surgindo durante a história. Por outro lado, nem sempre foi assim. Durante a fase pré-histórica a mulher era responsável em caçar e enfrentar perigos, enquanto o homem era responsável em proteger todo o seu clã de feras e outros perigos eminentes. Isto é, na sociedade primitiva, a mulher tinha o seu papel delimitado e sua valorização pela sua função exercida na sobrevivência de seus dependentes. Ambas as figuras atuavam de forma mútua em prol de uma ação (SOUSA, 2020, p. 55).

Por outro lado, essa autonomia foi se perdendo no decorrer dos séculos. No período romano, a mulher passou a ser vista como uma pessoa submissa ao marido. Nesse período a mulher passava de uma geração para outra e fazia parte dos bens ou propriedade, visto que passava de pai para filho, sendo que através do poder pátrio estes detinham poder sobre essa mulher e os seus bens, tendo direito sob ela em vida e em morte. Desta feita, a situação da mulher em Roma era considerada melhor do que na Grécia, visto que apesar das peculiaridades, as mulheres romanas usufruíam o direito ao estudo e a frequentar lugares artísticos como teatro e jogos (MARTINS, 2015, p.101).

Durante o período da revolução industrial a mulher passou a ser tratada como mão-de-obra barata, com isso passaram a inserir a mulher como digna de um salário reduzido,

visto que no período da revolução a mulher aceitava as condições péssimas de trabalho e trabalhavam mais de 17 horas, em escalas abusivas de jornada de trabalho, recebendo salários 60% menores do que os dos homens. Passou-se a considerar o trabalho das mulheres como inferiores nesse período (SESI, 2020).

Entretanto, durante a 1ª Guerra Mundial, as mulheres atuaram de uma forma extremamente importante dentro das fábricas, colaborando para a economia naquele período enquanto os homens foram para a guerra as mulheres mantiveram a economia, no trabalho e realizando as atividades fabris. As mulheres se tornaram importantes para a guerra naquele período. Entende-se com isso, que o trabalho colaborou para que a mulher fosse liberta aos poucos e pudesse usufruir de uma independência e autonomia, se comparado com o que acontecia antes de 1914, que as mulheres dependiam das decisões de seus maridos (CÂNCIO, 2018, p. 120).

Durante o período da Revolução Russa, a mulher teve o seu protagonismo, visto que foram as mulheres que se reuniram e manifestaram em prol dos direitos dos trabalhadores por condições melhores de trabalho dentro de uma indústria têxtil. Esse ato se tornou marcante para toda a sociedade, dando origem ao dia internacional da mulher (DIAS, 2017, p.55).

No Brasil, durante o período colonial, a mulher passou por várias fases, de admirada a desprezada. Algumas formas foram consideradas inclusive desumanas. Durante algum tempo mulheres foram admiradas, temidas, tornando inclusive objeto de desejo e de submissão. Com isso, Silva (2015, s.p.) afirma que:

Mesmo no Brasil recente, existiam diferenças entre homem e mulher, relacionando sua submissão a sua estrutura física e biológica. Se a diferença entre gêneros era voltada para a relação anatômico-fisiológica, o sexo político-ideológico vai comandar a oposição e a descontinuidade sexual do corpo, dando arcabouço, justificativa e até impondo diferenças morais aos comportamentos masculinos e femininos, estando em acordo com a exigência de uma sociedade burguesa, capitalista, colonial, individualista e imperialista existente, também nos países europeus.

Posteriormente, com o Código Civil de 1916, um código que esteve por muito tempo com a sua legislação voltada para as causas familiares, surgiu algumas características conservadoras quanto ao direito das mulheres em uma sociedade patriarcal. Os traços de extremo conservadorismo estavam discriminados primeiramente dentro da família, principalmente no que era considerado como uma, não concedendo proteção às

outras modalidades familiares que não fossem advindas da união entre um homem e uma mulher.

Nesse mesmo Código Civil de 1916 existiam formas de tratamento semelhantes ao modo romano de influenciar e de tratar situações, com meios discriminatórios, no qual trata a todos de maneira desigual, afirmando de forma negativa as diferenças que existem dentro das classes sociais. Nesse mesmo Código, a mulher é considerada como um indivíduo subordinado à figura do marido, pai e homens em geral. Dentro da família o homem tinha a voz principal de tomar as decisões, cabendo à mulher somente concordar com as posturas e decisões tomadas pelos seus cônjuges. Nos casos de bens e patrimônios, cabia ao homem administrar os bens da mulher, mesmo que este estivesse casado pelo regime de separação total de bens. Observa-se com isso que a mulher, no momento do seu casamento perdia totalmente sua capacidade civil plena, pois até para realizar atividades laborais ou realizar transações financeiras, somente poderia se tivesse a autorização de seu marido ou da figura masculina mais próxima.

Desta feita, o direito daquela época esteve diretamente ligado ao patriarcado, dando atenção para as necessidades masculinas, deixando de lado o equilíbrio do que seria justo para todos, sem discriminação de gênero, *in verbis*:

Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 1916).

Desse modo, a mulher somente teria voz dentro da família caso a sua posição estivesse de acordo com a do chefe, ou com a autorização de algum juiz. Entretanto, somente o interesse dessa mulher não bastava para que ela criasse inclusive seus próprios filhos, visto que cabia somente ao homem o poder de cuidar, proteger e decidir por toda a família. Em contrapartida, caso o cônjuge não quisesse exercer a sua função de decidir, cuidar e prover, esse papel passaria para a esposa (VENOSA, 2020, p. 57).

Posteriormente, através da Constituição Federal de 1988, outros olhares foram sendo atribuídos ao direito da mulher. Dessa maneira, a Constituição trouxe um tratamento isonômico para todos, trazendo à baila a igualdade de direitos conforme traz *in verbis* o art. 5º da Constituição, mais precisamente dentro do Inciso I, trazendo em seu texto o seguinte argumento: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (BRASIL, 1988).

Somente depois de quase 26 anos de Constituição que passou a existir igualdade de direito entre os gêneros perante os deveres familiares, reduzindo o poder do patriarcado, trazendo bem discriminado os direitos através do art. 226, §5º, que discrimina que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Com base nisso, também pode-se citar outra alteração que é de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, como o que ocorreu através do art. 380 do Código Civil de 1916 (CC/1916) que trata sobre o pátrio poder, sendo que passou a existir uma redação diferenciada, como pode-se observar:

Art.1.6131. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, C.C, 2002).

Entende-se que a mulher, durante todo esse percurso teve seu lugar marcado pela presença da mulher que é mãe de família, cônjuge, trazendo consigo o seu direito que depois passou a ser atribuído para todos os âmbitos, podendo ser escolar, laboral e em todos os demais locais (DIAS, 2017, p. 67).

2.2 Opressão da mulher perante a figura masculina na sociedade

Mesmo depois da queda do patriarcado, ainda assim, a mulher sofre os efeitos da sociedade machista que se sustentou por vários anos. Atualmente, a mulher tem buscado direitos e oportunidades iguais, mas ainda há certa desigualdade sobre a forma como a mulher se posiciona na sociedade. Por outro lado, a opressão que mulheres sofrem por causa do patriarcado além de ser atual, constante, também expõe esse problema social a uma repressão, com a tentativa de fazer com que essa opressão possa chegar ao fim (SOUZA, 2018, p. 111).

Nos dias atuais, a mulher tem se tornado uma das maiores vítimas da opressão, muitas vezes ocasionada pela forma como a figura masculina lida com o empoderamento da mulher dentro da sociedade, no qual a mesma possui autonomia para atuar em diversas áreas laborais, bem como tomar decisões importantes que outrora eram tomadas por pessoas do gênero masculino. Desse modo, alguns doutrinadores como Lima (2015, p. 65) afirmam que a opressão contra mulheres é resultado de fatores históricos da luta de classes, no qual a mulher passou a tempos remotos ter seu trabalho reduzido a uma contribuição, tornando-se não tão necessária na sociedade.

Klaus (2006) com sua tradução dos estudos feitos por Engels, afirmou que a opressão contra a mulher tem uma origem e se iniciou com a estratificação social, dando início no momento que houve uma divisão das tarefas, cabendo ao homem, possuidor de força, o dever de cuidar e assumir todos os graus de importância, deixando a mulher em segundo plano.

Para Costa (2018, p. 101), a opressão feminina se trata de um fenômeno, sem que existam precedentes de que os fatores históricos contribuem para esse resultado. Além disso, a autora discrimina também que os fatores que auxiliaram para o aumento dessa opressão não vindo somente da estratificação social.

Por outro lado, Andreassy (2018, p. 34) a “opressão às mulheres não surgiu no capitalismo, mas adquiriu neste modo de produção traços particulares”. Assim, pode-se compreender que durante o surgimento do capitalismo, a mulher também passou por momentos que foram favorecendo essa opressão atual, como no caso da redução do trabalho para mulheres e crianças, por causa de sua fragilidade perante às longas cargas de trabalho.

Lima (2015, p. 89) afirma que a opressão pode não ter surgido durante o capitalismo, mas durante esse período houve grande características que colaboraram para o desenvolvimento da discriminação da mulher no mercado de trabalho. O capitalismo converteu o patriarcado em um aliado para tratar a mulher como um objeto, através da exploração do trabalho feminino, principalmente no início quando os direitos trabalhistas eram omitidos.

Com base nisso, torna-se obvio compreender que a opressão à mulher ocorre com a presença do machismo, este por sua vez era presente no patriarcado deixando marcas desagradáveis na opressão feminina. Como ressalta Moschovick (2016), o machismo está relacionado diretamente com o jogo de masculinidade e feminidades, no qual há um certo jogo de poder voltado para a hierarquização, onde existe a superioridade do homem sobre a mulher. Compreende-se que na presença do machismo, a masculinidade por mais errada que seja na sua prática, sempre será superior a qualquer feminilidade por mais certa que seja.

2.3 Luta pelos direitos das mulheres

A luta feminina foi se construindo no decorrer dos séculos, para que todas as mulheres tivessem mais direitos tanto quanto os homens, e que pudessem com isonomia, igualdade, sem interiorização de seus feitos, mas com a sua devida valorização e reconhecimento. Entretanto, durante o período dessas movimentações, a sociedade com resíduos de uma sociedade patriarcal manifestou-se contrária as ações, transformando as conquistas como desnecessárias.

A reivindicação das mulheres deu-se início no ano de 1792, na Inglaterra, onde foram feitas manifestações para que mulheres pudessem ter direitos, principalmente o do voto, permitindo com que a mulher pudesse ser representada. Essa luta se tornou contínua. Por outro lado, mulheres suecas nas mesmas condições e com as mesmas reivindicações só tiveram direito ao voto no ano de 1862 (TOSI, 2016, p.72).

Outro fato marcante da luta das mulheres por igualdade no ambiente de trabalho foi no dia 08 de março de 1857, em Nova Iorque, onde 130 mulheres se reuniram para reivindicar melhores condições de trabalho, a principal queixa era das jornadas de trabalho longas e abusivas. A reivindicação era para que fosse reduzida para 10 horas diárias. Ocorreu que todas foram mortas queimadas pela própria polícia, criando um marco internacional pela brutalidade como a situação foi resolvida pelas autoridades competentes, tornando-se um dia de representatividade mundial, considerado atualmente como o dia internacional da mulher (ANPG, 2012).

Posteriormente, no Brasil, no ano de 1887, a primeira médica mulher se forma, fazendo parte de um momento histórico, sendo considerada como inspiração para muitas mulheres por ser a primeira a estar em uma função que antes era somente realizada por homens. A representatividade da mulher foi para os campos acadêmicos que posteriormente seguiu para o mercado de trabalho (LOBO, 2017, p. 23).

No ano de 1917, uma passeata comandada pela professora e fundadora do Partido Republicano Feminino, Leolinda Daltro, foi marcada com a reivindicação do direito ao voto, pois através do voto a mulher poderia eleger pessoas para que pudessem representá-las e fazer seus direitos serem validados. Porém somente no ano de 1932, surgiu o novo Código Eleitoral do Brasil, permitindo com que as mulheres pudessem exercer seus poderes de voto (DANIEL, 2019, p. 21).

Em 1988 outros direitos foram conquistados, como a igualdade entre homens e mulheres perante a lei, que já haviam sido citadas pela Carta das Nações Unidas em 1945, mas que somente foi se tornar válida no país a partir da Constituição Federal de 1988, onde todos os apontamentos da carta foram acolhidos e recepcionados, se tornando magnas até os dias atuais (BRASIL, 1988).

Outro marco importante na história da luta das mulheres foi no ano de 1962, com a liberdade adquirida de poder escolher se quer engravidar, através do uso de pílula anticoncepcional, trazendo para esta mulher a liberdade sexual. Nessa mesma época surgiu o Estatuto da Mulher Casada, que dava para esta mulher, que outrora vivia em seu lar oprimida sem poder estudar ou ser independente, a capacidade de poder trabalhar fora e, inclusive de pleitear a guarda de seus filhos mediante um possível divórcio (BRASIL, 1962).

De acordo com Florentino (2018, p. 122), após a mulher conseguir encontrar seu lugar na sociedade e poder contar com representatividades, algumas outras conquistas foram sendo adquiridas por mulheres. Como no ano de 1994 em que o Brasil teve sua primeira governadora, Roseana Sarney. Em 2003, o país teve a primeira mulher a fazer parte de uma sessão do Congresso Nacional, Benedita da Silva. Em 2010, o país pode obter a primeira presidente mulher eleita, Dilma Rousseff.

Nesse mesmo sentido, entre os anos de 2006 a 2015 foram realizados movimentos que atuassem contra a violência contra a mulher, no qual leis foram criadas para proteger as vítimas de maus tratos e violência domésticas, sancionada como Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06, junto com a Lei do Feminicídio (CARNEIRO, 2012, p. 77).

2.4 A mulher no mercado de trabalho

De acordo com Porfírio (2020, p. 90) durante alguns anos, a mulher foi excluída da sociedade no qual não podia votar, estudar, tomar decisões, trabalhar e muito menos participar de reuniões políticas. Essa mulher vivia à sombra do homem, que eram representados pela figura do marido ou do pai, dando início a uma desigualdade voltada para o gênero, onde a mulher passou a não ter os mesmos direitos que os homens por ser considerada como um "sexo frágil", sendo uma simples manifestação do machismo aflorado daquela época.

Essa relação de poder com a força vem desde os tempos paleolíticos, início dos tempos, em que o homem lutava contra feras, contra outros homens em busca da sobrevivência e da conquista de novos territórios. A sua força física contribuiu por muitos anos para a construção de poder e domínio. Esse poder também se manifestava dentro dos lares, onde o homem se autodenominava chefe de família, sendo reconhecido socialmente assim por todos os âmbitos e autoridades. Esse papel se refletiu na própria sociedade onde no qual, o homem acreditou que por ser o chefe dentro de seu lar, por ter força física para sobreviver conseguiria também dominar negociações e obter poder sobre outras pessoas, obtendo ajuda se seu próprio ego para assumir cargos na sociedade (PORFÍRIO, 2020, p. 99).

2.4.1 Discriminação de Cargos

No mercado de trabalho, a desigualdade com mulheres se tornou mais visível na diferença salarial entre mulheres e homens, no qual o homem, na mesma função pode chegar a receber o dobro do salário da mulher. Pode-se observar que essa diferenciação ainda é recente e não se trata de algo ultrapassado, visto que ainda é atual. Como retrata Mincato, Dorneles Filho e Soares (2013, s.p.):

Em 2001, os homens recebiam, em média, R\$ 4,75 por hora contratada, enquanto mulheres recebiam R\$ 3,72. Uma diferença de -21,7% em relação à remuneração masculina. Ao longo da década, a remuneração nominal sofreu reajustes, mas a disparidade permanece, atingindo em 2011, o valor de -24.4%.

Outras pesquisas evidenciaram de forma clara e cristalina a desigualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho começando pela remuneração, como pode-se observar pela pesquisa realizada por Rezende (2020, s.p.):

Em 2019, conforme o Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupava a 92ª posição em ranking que mede a igualdade entre homens e mulheres num universo de 153 países. As mulheres brasileiras estão sub-representadas na política, têm remuneração menor, sofrem mais assédio e estão mais vulneráveis ao desemprego. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é o quinto país do mundo em número de feminicídios (REZENDE, 2020, s.p.).

Outras fontes evidenciam que a maternidade, que é uma particularidade do gênero feminino, também é causadora das diferenças salariais e pela desigualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Em uma pesquisa que acompanhou a licença-maternidade, apontou que cerca de metade das mulheres foram demitidas cerca de dois anos após tirarem a licença. Entende-se que o mercado de trabalho não favorece mulheres por causa dessa característica que, torna a mulher vulnerável por um determinado período e que para o ambiente de trabalho não a torna interessante por precisa ser substituída durante todo esse período de ausência (REZENDE, 2020, s.p.).

Pode-se afirmar que em tempos remotos a mulher precisou se posicionar para tentar evitar situações abusivas que retiravam destas a integridade, tornando-se inferior, mesmo realizando as mesmas atividades e oferecendo os mesmos resultados. Pode-se compreender que a sua valorização foi um processo longo e demorado:

O trabalho feminino passa a integrar crescentemente a estrutura econômica a sociedade capitalista, sempre sob a determinação mencionada, ou seja, submetida ao capital e a sua necessidade de valorização, no entanto nas primeiras décadas do século passado era muito superior a proporção do trabalho masculino em relação ao feminino na esfera produtiva (TOITIO, 2008, p. 02).

Apesar de existirem movimentos que lutam por essa causa, ainda sim, o fenômeno da discriminação e do assédio moral e sexual que ocorre com a mulher, como uma forma

de oprimi-la no seu campo de atuação, continuam e a mulher ainda é tratada com inferioridade, se comparada com o espaço ofertado aos indivíduos do gênero masculino. Os espaços destinados a lideranças, melhores cargos e salários, bem como maioria das ocupações dentro de uma empresa, ainda são destinados, na maioria para homens, que em alguns casos ocupam essas vagas mesmo sem preparo ou qualificação para tal, sendo contratados somente pela particularidade de serem homens (PORFÍRIO, 2020, s.p.).

2.5 Assédio moral e sexual laboral

Considera-se como assédio, a perseguição continuada e incansável, realizada de maneiras incorretas e inadequadas que possui como finalidade um único alvo, afetando a autoestima da vítima, sua paz, decência e liberdade. Com base nisso, existem diversos tipos de assédio, podendo destacar a existência do assédio psicológico, moral, virtual, judicial, sexual dentre outros tipos. Entretanto, todos possuem um único objetivo, perseguir e obrigar alguém a fazer algo que não deseja, sob pressão e sem vontade (HIRIGOYEN, 2011).

Assim, uma característica do assédio é o desconforto que a vítima passa ao ponto de gerar traumas, medos, e doenças psicológicas como ansiedade, depressão, pânico. Sendo por causa disso, considerado como um tipo de violência contra alguém. Mediante ao impacto que o assédio pode trazer para a sua vítima, pode-se destacar o assédio moral e sexual:

Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritas que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2011,p. 67).

Com base nisso, compreende-se que um ambiente de trabalho composto por assédio pode colaborar para o surgimento de doenças e problemas de saúde ocupacional em colaboradores que são obrigados a fazerem atividades decorrentes de assédio diariamente. Esses comportamentos que ocorrem nas atividades laborais colaboram para uma desordem no ambiente de trabalho.

2.5.1 Assédio moral no ambiente de trabalho

O assédio moral no ambiente de trabalho fere de morte um dos princípios mais relevantes do Direito, a dignidade humana. Essa gravidade gira em torno da gravidade pela qual a prática traz para o indivíduo, que no caso de mulheres, compromete a sua produtividade, torna o ambiente de trabalho insalubre, podendo ocasionar doenças tais como Síndrome do Pânico, Lesões por esforço repetitivo, Infecção urinária, depressão,

ansiedade, sendo apenas algumas das doenças que podem ser desenvolvidas mediante assédio moral no ambiente laboral. Conforme discrimina Hirigoyen (2011, p.67), o assédio moral ocorre:

[...] em um local de trabalho, temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, gestos, escritos, que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degrada o ambiente de trabalho.

Mediante a isto, considera-se o assédio moral como uma prática perversa realizada por um indivíduo contra outro, no qual o seu principal objetivo é desqualificar o trabalho, qualificação, competência da vítima, isolando-a dos outros colegas dentro do ambiente de trabalho, oferecendo para estas atividades que possam ser de menor valor, repassando também informações que induzam as colaboradoras ao erro para poder chamar atenção, causando constrangimento perante os colegas de trabalho da vítima. Entende-se que o assédio moral é um psicoterror, pois a colaboradora acaba trabalhando mais que os demais colegas, visto que recebe demandas mais trabalhosas e que requerem mais dedicação. No fim, a vítima se sente lesada, tanto que pode chegar a balbuciar sobre suicídio (HIROGOYEN, 2015).

Desse modo, o assédio moral é tratado como uma violência que geralmente é cometida por uma pessoa que se encontra em um cargo superior ao da vítima. Entretanto, há casos que podem ser cometidos por outros colegas de trabalho com o interesse de fazer a vítima desistir de seu cargo de ocupação ou de sua vaga de emprego. Entretanto, esse tipo de assédio pode ser cometido tanto em um setor de uma empresa privada quanto de um órgão público. Alguns cenários podem favorecer ao desenvolvimento de práticas de assédio moral tais quais: a) estrutura hierarquizada; b) burocracia excessiva; c) regulamentação insuficiente; d) falta de compromisso; e) alta competitividade (CNPM, 2016).

Ademais, devido não ter dentro do ordenamento jurídico leis que possam atuar diretamente nessa causa, o assédio moral no trabalho envolve a Justiça do Trabalho, no qual este tem se posicionado contra diversas práticas cometidas recorrendo-se ao princípio da Dignidade Humana. Entretanto, vale ressaltar que dentro da Constituição Federal de 1988, mais precisamente dentro do art. 1º, inciso III, pode-se prever proteção para todas as pessoas que estejam tendo suas dignidades feridas de morte pela prática desses abusos.

Como descreve CNPM (2016), a Constituição Federal discrimina prática que podem ocasionar em uma desigualdade ou que possam ferir a cidadania das pessoas.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, fixa os fundamentos da República, entre eles: cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais da livre iniciativa (CF/1988, art. 1º, incisos II, III e IV). Em seu artigo 3º, a CF/1988 elenca os objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988, art. 3º, incisos I e IV).

Dessa maneira, mesmo a mulher sendo assediada moralmente dentro do seu ambiente de trabalho e que não tenha um ordenamento jurídico específico para reaver essas práticas abusivas, as vítimas contam com intervenções que foram originadas de projetos e propostas elaboradas a partir de políticas públicas e sindicais advindas do Ministério Público do Trabalho, onde no qual dá-se início às investigações conforme descreve Amorim (2018, p.49):

É um procedimento administrativo e inquisitorial, informal, a cargo do Ministério Público do Trabalho, destinado a investigar sobre ilegalidade do ato denunciado, a colher elementos de convicção para ajuizamento da Ação Civil Pública ou de qualquer outra medida judicial e, convencido o órgão condutor, da irregularidade denunciada, a tomar do inquirido termo de ajustamento de conduta às disposições legais.

Em vista disso, a partir do ano de 1993, o Brasil passou a se comprometer em proteger pessoas dentro do seu ambiente laboral, com o foco principalmente na segurança das vítimas. Entretanto, posteriormente ao ano de 2008, todos os avanços sobre esse tema foram mantidos e estagnados, apresentando-se desinteresse das autoridades em proteger o colaborador dentro do seu ambiente de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 87).

2.5.2 Assédio sexual

Entende-se que todas as aproximações que podem trazer intimidação e gerar incômodo, bem como vergonha ou causar medo, são consideradas como um assédio. O que diferencia do assédio é a permissão que ocorre entre ambas as partes que gera consentimento, se não tiver este é um assédio. Por isso, pode-se compreender que o assédio sexual que ocorre dentro do ambiente de trabalho ocorre com o intuito de constranger ou intimidar a vítima através de cantadas e insinuações que ocorrem de maneira constante, podendo ser explícitas ou não. Algumas vezes pode ocorrer de forma sensual ou sexual, mas a finalidade é de obter benefícios sexuais, geralmente se apresenta cercada de privilégios ou ameaças, que pode ser de um colega ou ainda do próprio superior.

A conduta proibida consiste em constranger (importunar, incomodar, forçar, obrigar, aborrecer insistentemente), com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, vale dizer, qualquer benefício ou favor libidinoso que ofenda o pudor médio. O tipo consiste, portanto, na insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais do subalterno. E não exige, ao menos expressamente, o fim da conjugação carnal (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, s.p.).

Desta feita, o assédio sexual não somente pode existir entre pessoa do sexo oposto, mas também pode acontecer com pessoas do mesmo sexo. Entretanto, essas práticas são frequentes, no entanto ocorre que a mulher se sente constrangida em reportar as situações, muitas vezes se sentindo culpada pelos assédios, chegando muitas vezes a se auto questionarem se suas atitudes foram de fato inapropriada no ambiente de trabalho ao ponto de obter esse comportamento de outra pessoa.

2.5.3 Danos Causados

O assédio moral e o sexual trazem danos em longo prazo para a vítima. Visto que o assédio moral são atos compostos por atitudes inapropriadas e que saem do padrão do que deve acontecer dentro do ambiente de trabalho, a atitude advém geralmente de um cargo superior, muitas vezes pelo líder ou até mesmo pelo próprio patrão, que traz consigo um comportamento de perseguição, grosserias que atuam diretamente no psicológico da vítima, também afetando o campo físico de sua saúde. Afeta a saúde devido a exposição às situações que podem inclusive condicionar e expor a colaboradora a perigos ou doenças:

O assédio moral constitui-se de um fenômeno que consiste na exposição dos trabalhadores e trabalhadoras (quando o assédio ocorre no ambiente de trabalho) a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. Ele é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um ou mais subordinados, atitudes essas que desestabilizam a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-a desistir do emprego (STADLER, 2008, p.69).

Os dados ocasionados tanto pelo assédio moral quanto pelo assédio sexual trazem sofrimento à vítima, comprometendo o seu estado psicológico, no qual a vítima se sente

com medo, oprimida, acuada, constrangida, em algumas vezes se omite dos fatos para manter o emprego, fator principal no qual o abusador permanece causando danos.

2.5.4 Código Penal

A Lei nº 10.224 incluiu dentro do Código Penal algumas especificações voltadas para o assédio sexual. No qual torna esse delito mais ofensivo do que em tempos anteriores, pois anteriormente era considerado como um potencial ofensivo menor, sendo apenas um crime de intimidação ilegal. Com isso, a atuação desta lei torna o assédio moral e sexual como uma ação que ocorre por parte de alguém para constranger outro indivíduo com o único objetivo de obter vantagens ou favorecimento, seja sexual ou moral, aproveitando-se de sua posição hierárquica para intimidar e oprimir a vítima.

Entretanto, o assédio moral ou sexual quando cometido em ambiente laboral se torna uma falta considerada como grave e pode resultar em demissão por justa causa, levando-se em consideração a Consolidação das Leis do Trabalho. Ocasiona-se abertura de processo administrativo com suas respectivas complicações, bem como pode resultar em punição do abusador ou agressor que comete o assédio. Contudo, a pena criminal para quem comete assédio sexual e moral pode resultar em até dois anos de detenção. Como ressalta Jesus (2002, p. 109):

É preciso, entretanto, que alguns elementos identificados, como requisitos necessários para que se possa precisar as consequências jurídicas do assédio sexual. Vale ressaltar, que a conotação sexual seja evidente, que a insistência em se obter favores sexuais se mostre indesejada pelo assediado, que se dê em decorrência da hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício da relação de emprego e que a conduta, que pode ser verbal ou física, possa trazer prejuízos ao emprego, ao cargo ou função, ou seja, deve observar-se a legitimidade do direito ameaçado ou a injustiça do sacrifício a que a vítima deva suportar por não ceder ao assédio.

Com isso, o assédio sexual é considerado como um crime do processo penal privado, sendo que a vítima pode obter um advogado para que esse possa instaurar uma ação penal mediante as queixas aclamadas pela mulher que foi assediada. Contudo, em casos em que a vítima não possui capital para fazer com que um advogado apresente a sua queixa, instaura-se primeiramente um inquérito policial que vai depender das informações que a vítima irá dispor ou do seu próprio representante legal para que esta consiga obter uma investigação policial.

Entretanto, em casos em que exista carência da vítima e de seus representantes legais, o crime torna-se parte de um processo penal público representativo, tendo como

principal autor o próprio Ministério Público, que por sua vez será autor da ação penal em nome da vítima. No entanto, para que isso aconteça, o MP dependerá da prévia representação e das provas advindas da vítima.

Quando os assédios são praticados por mais de um abusador, todos os outros envolvidos, que por sua vez auxiliaram no assédio e colaboraram com o crime, também podem ser responsabilizados. Colegas de trabalho que estão no mesmo nível da vítima podem ser acusados de serem coautores do assédio moral ou sexual, ou ambos, por participarem da ação contra a vítima.

Quando comprovado o crime, a rescisão de relação de trabalho pode conduzir essa vítima a uma reintegração profissional, ou ainda está pode obter uma cobrança de remuneração ao dobro por período de licença, de acordo com o que embasa a Lei nº 9.029/95, mais precisamente dentro do seu art. 4º, visto que o assédio moral ou sexual pode resultar em doenças ou patologias tanto físicas quanto mentais da mulher. Em vista disso, as lesões adquiridas por esse período são consideradas como doença ocupacional, podendo obter direitos e garantias advindas dessa condição, tais como: emissão do CAT, recebimento do auxílio, adequação da função ou do horário de trabalho, estabilidade do emprego após o término do benefício da previdência social.

3 CONCLUSÃO

De acordo com toda a pesquisa realizada, pode-se observar que a mulher, no decorrer dos anos, foi galgando suas conquistas por espaço, seja no campo laboral ou jurídico. Foram necessárias manifestações e mortes para que mulheres fossem respeitadas e ouvidas mediante suas necessidades, como redução de jornada de trabalho ou por melhores condições.

Essas conquistas foram se tornando cada vez maiores depois que o patriarcado foi perdendo suas forças e seu poder sobre a sociedade. Visto que, o homem era considerado como a peça fundamental e principal na representatividade da sua família, seus filhos e de sua própria esposa. A mulher, no patriarcado, não tinha voz e suas necessidades eram deixadas em segundo plano, reduzindo a sua presença a uma pessoa subserviente, que estaria disponível apenas para servir o homem.

Entretanto, toda a conquista trouxe também significância para os direitos das mulheres, no qual passou a fazer parte da Constituição Federal de 1988 a igualdade de direito entre todos os gêneros. A partir desse marco, as leis foram sendo criadas para amparar e assegurar a mulher de seus direitos igualitários junto aos homens.

Com a proteção do Estado, as mulheres passaram a obter voz perante assédios sexuais e morais, que são ações realizadas tanto por homens quanto por outras mulheres, com a finalidade de oprimir, constranger e denegrir a reputação da mulher, enfraquecendo-a perante seu ambiente de trabalho, para que esta futuramente possa ser demitida.

Com isso, a Lei nº 10.224/2001 trouxe a punição de abusadores e trouxe consigo todas as providências relacionadas ao assédio sexual, com o intuito de proteger as vítimas e de protegê-la na sua integridade. Com relação ao assédio moral, ainda há a ausência de leis dentro do ordenamento jurídico que trate diretamente sobre essa problemática, precisando recorrer-se aos Direitos Humanos para conseguir proteção e reparo mediante as práticas cometidas no ambiente de trabalho.

Pode-se observar que o assédio moral e sexual pode trazer danos físicos e psicológicos para as vítimas, prejudicando-as perante suas atividades laborais. Além disso, a mulher vítima desses dois assédios se sente usada, oprimida, pode manifestar sintomas de depressão, desenvolvimento de traumas que podem dar origem a transtornos psicológicos que comprometem a sua qualidade de vida.

Contudo, a pena para quem comete esses crimes ainda é considerada branda, visto que pode ocorrer até dois anos de detenção com multa, agravando esta pena em até um terço se a vítima for menor de idade. Sugere-se para pesquisas futuras, a importância da conscientização no ambiente de trabalho, sobre o respeito e a isonomia entre homens e mulheres nas atividades laborais, visto que, mesmo sendo retrógrado ainda há casos de desigualdade de gêneros sendo praticadas em diversos setores e empresas do país.

4 REFERÊNCIAS

ANDREASSY, E. **Sobre a origem da opressão da mulher**. 2018. Disponível em: < https://www.sintrajud.org.br/wp-content/uploads/2018/04/sobre-a-origem-da-opressao-da-mulher_ErikaAndreassy.pdf >. Acesso em 09 de maio de 2022.

BARRETO, A.C.T. **A igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: < <https://bit.ly/39xz0Fp> >. Acesso em 17 mai 2022.

BARRETO, A.C.T. **A igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: < https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/9875/IGUALDADE_20ENTRE_20HOMENS_20E_20MULHERES_20NO_20ORDENAMENTO_20_20_20_20_20_20JUR__DICO__20BRASILEIRO_1_.pdf > Acesso em 09 mai 2022.

BRASIL. **Lei 3.071/1916**. Brasília: Senado, 1916.

CÂNCIO, F. **Se as mulheres que trabalham nas fábricas parassem 20 minutos perdíamos a guerra.** Diário de Notícias. Nov. 2018. Disponível em: < <https://www.dn.pt/1864/das-fabricas-ao-batalhao-da-morte-a-primeira-grande-guerra-das-mulheres-10160028.html> >. Acesso em 09 de maio de 2022.

COSTA, A.K.S. **Direito e feminismo: a luta das mulheres contra as formas de opressão.** FURG. 2018. Disponível em: < <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/235.pdf> > Acesso em 09 de maio de 2022.

DIAS, F. **A Revolução Russa e o protagonismo das mulheres.** Esquerda Online. Mar. 2017. Disponível: < <https://esquerdaonline.com.br/2017/03/08/a-revolucao-russa-e-o-protagonismo-das-mulheres/> > Acesso em 09 de maio de 2022.

LIMA, T. **A origem da opressão às mulheres está na divisão da sociedade em classes.** Esquerda diário, 2015. Disponível em: < <https://www.esquerdadiario.com.br/A-origem-da-opressao-as-mulheres-esta-na-divisao-da-sociedade-em-classes> > Acesso em 09 de maio de 2022.

MARTINS, I. **O papel da mulher na Roma Antiga.** História Sete. Maio. 2016. Disponível em: < <https://sites.google.com/site/lehist09/home/idade-antiga/civilizacao-romana/opapeldamulher> > Acesso em 09 de maio de 2022.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 38ª Edição. São Paulo: Atlas, 2022

MOSCHOVICK, M. **Machismo, a opressão primeira.** 2016. Disponível em: < <https://outraspalavras.net/sem-categoria/machismo-a-opressao-primeira/> > Acesso em 09 de maio de 2022.

SESI. **O papel da mulher na indústria.** Mar. 2020. Disponível em: < <https://www.sesipr.org.br/informacoes-sst/o-papel-da-mulher-na-industria-1-33630-433465.shtml> > Acesso em 09 de maio de 2022.

SILVA, G.C.C. A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais. **Revista SBPH.** V.8, n.2, Rio de Janeiro, dez, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215.

SOUSA, R. G. **O cotidiano da mulher na pré-história.** Brasil Escola. Disponível em: < <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm> > Acesso em 09 de maio de 2022.

SOUZA, M. **A opressão contra as mulheres ainda é uma realidade**. 2018. Disponível em:<> Acesso em 09 de maio de 2022.

TOSI, M. **A conquista do direito ao voto feminino**. Agosto. 2016. Disponível em:< <https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>> Acesso em 09 de maio de 2022.

VENOSA,S.S. **Direito civil, família e sucessões**. 20a Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS E DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS E AS ALTERAÇÕES DA LINDB

FELIPE MIRANDA FERRARI PICOLO:

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2016). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV/SP (2018). Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2020-2022). Advogado⁴.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo expor o dever de motivação dos atos e das decisões administrativas sob o prisma da teoria dos atos administrativos, bem como avaliar as disposições introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB sobre esse dever. Se, por um lado, as decisões nas esferas administrativa, julgadora e controladora já deveriam ser motivadas, com o sopesamento dos impactos da decisão na sociedade, a reforma da LINDB, por outro lado, teve o importante papel de conferir segurança jurídica aos administrados ao impor que o processo de tomada de decisão deverá, necessariamente, levar em consideração as consequências práticas (efeitos jurídicos) no mundo fático.

Palavras-chaves: Ato e decisão administrativa. Dever de motivação. Valores jurídicos abstratos. Consequências práticas da decisão.

ABSTRACT: This article aims to expose the duty to motivate administrative acts and decisions from the perspective of the theory of administrative acts, as well as to evaluate the provisions introduced in the Law of Introduction to the Brazilian Rules – LINDB on this duty. If, on the one hand, decisions in the administrative, judging and controlling spheres should already be motivated, weighing the impacts of the decision on society, the LINDB reform, on the other hand, had the important role of providing legal certainty to those administered by means of imposing that the decision-making process must necessarily take into account the practical consequences (legal effects) in the society.

Keywords: administrative act and decision. Duty to motivate. Abstract legal concepts. Practical consequences of the decision.

⁴ E-mail: fpicolo@gmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. O dever de motivação dos atos administrativos. 3. A LINDB e as alterações de segurança jurídica. 4. Inovação ou Retórica? 5. Conclusão.

1. Introdução

Decidir é tomar resolução sobre algo; dar uma solução para resolver, solucionar, determinar. A definição do conceito é clara, mas a sua aplicação não. Isso porque não há um arcabouço legal específico que guie o aplicador do Direito no processo de tomada de decisão. Nem seria o caso de haver, afinal a multiplicidade de possíveis decisões diante de uma quantidade incalculável de situações jurídicas (com suas respectivas peculiaridades) inviabilizaria normatizar um manual que mecanize o processo decisório.

Para evitar a edição de decisões incoerentes, desviadas ou desproporcionais, a teoria do ato administrativo relaciona requisitos essenciais para assegurar a eficácia e a validade das decisões administrativas, entre eles a motivação. A motivação, enquanto exposição de fundamentos fáticos e jurídicos da decisão, cria um liame entre o fato jurídico e a decisão tomada, ou seja, é a linha de raciocínio utilizada pelo decisor diante de determinado fato para concluir por certa decisão.

Com o propósito de reforçar o dever de motivação, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi reformada para incluir dispositivos que garantissem segurança jurídica na aplicação das normas de direito público. Entre essas novas previsões, duas estão diretamente relacionadas com a motivação dos atos e decisões nas esferas administrativa, judicial e controladora: os artigos 20 e 21. Segundo esses artigos, o processo de tomada de decisão não pode se pautar exclusivamente em valores jurídicos abstratos, sem que se considere as consequências práticas da decisão, e qualquer decisão de invalidação deve indicar as consequências jurídicas e administrativas.

Estes enunciados podem gerar certas reflexões: os decisores já não eram obrigados a refletir sobre as possíveis consequências de suas decisões? Era possível invocar princípios jurídicos ou conceitos jurídicos indeterminados para motivar decisões administrativas? Se a resposta para ambas as perguntas for negativa, houve, então, alguma inovação na reforma da LINDB? São essas questões que pretendemos responder no presente artigo.

2. O dever de motivação dos atos administrativos

Antes de tratarmos sobre o dever de motivação dos atos e das decisões administrativas, precisamos definir um referencial teórico acerca do próprio *ato administrativo*. Não pretendemos estender a análise à aspectos que não serão relevantes para o debate proposto, mas tampouco podemos tratar sobre a *motivação* sem antes introduzirmos uma categoria fundamental do Direito Administrativo: o ato administrativo.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma definição definitiva sobre ato administrativo. Sua conceituação advém da construção doutrinária – a despeito das divergências na delimitação do determinado signo entre autores – que “*estratificam um ponto de referibilidade de normas, de efeitos de direito*”.^[1]

Não seria possível explorarmos o processo de conceituação do ato administrativo sem antes fixarmos uma série de premissas conceituais, tais como função administrativa, função pública e interesse público. Contudo, como não faz parte do escopo deste artigo esmiuçar as bases deste processo doutrinário, tomaremos a liberdade para avançarmos à definição de ato administrativo para, então, indicarmos aquela que utilizaremos como referencial teórico.^[2]

Registre-se que optar por uma definição de ato administrativo não significa desprezar as demais. Poderíamos nos valer das lições de Antônio Carlos Cintra do Amaral para adotar o conceito de ato enquanto *norma administrativa*, isto é, “*norma jurídica concreta criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeitos, diretamente, na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal*”.^[3] Poderíamos adotar, ainda, uma definição que restringe o ato às *declarações unilaterais* da Administração Pública, como Hely Lopes Meirelles, para quem “*ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*”.^[4]

Contudo, para fins do presente estudo, utilizaremos a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o ato administrativo é a “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*”.^[5]

Nos valem também das lições do ilustre administrativista para fixarmos o referencial teórico sobre os elementos e pressupostos do ato administrativo. A sua sistematização prevê que os elementos do ato administrativo envolvem o conteúdo e a forma, enquanto os pressupostos são subdivididos entre pressupostos de existência (objeto e pertinência do ato ao exercício da função administrativa) e de validade (subjeto – sujeito, objetivo – motivo/requisitos procedimentais, teleológico – finalidade, lógico – causa e formalístico – formalização).

O último pressuposto de validade, isto é, o *pressuposto formalístico de regularidade* é o mais importante para o objeto deste artigo: é aqui que, na visão do mencionado autor, reside o dever de motivação dos atos administrativos.^[6] A despeito da

motivação não ter constado expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal – conforme previsto em seu projeto original – seu fundamento de validade decorre de outros dois dispositivos constitucionais: os artigos 1º e 93, X.

De acordo com o primeiro artigo da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é constituída como Estado Democrático de Direito. É dizer que o nosso ordenamento jurídico privilegia a estrutura republicana, federativa, democrática e de Estado de Direito, o que na visão da doutrina administrativista majoritária, extrai-se uma regra geral de obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos.^[7] Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, em processo com repercussão geral reconhecida, reconheceu que a obrigação de a Administração Pública motivar os atos administrativos decorre da "*própria ideia de Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade de todas as decisões administrativas teria como pressuposto a possibilidade de que seus destinatários as compreendessem e o de que pudessem, caso quisessem, contestá-las*".^[8]

Ademais, o artigo 93, X, da Constituição Federal prevê que "*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas em sessão pública*", sendo correta a interpretação de que o constituinte não restringiu o dever de motivação às decisões administrativas do Poder Judiciário, mas também àquelas editadas por órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

A motivação é a fundamentação, o raciocínio, o apontamento dos fatos considerados relevantes, a exposição de razões e das normas que devem incidir diante de determinado fato jurídico. Especialmente no caso de atos administrativos, a motivação tem a importante função de conferir publicidade aos elementos ponderados pelo administrador para concluir sobre determinada decisão, como conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar a motivação como princípio: "*o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões*".^[9]

Entendemos não haver espaço, em nosso ordenamento jurídico, para posicionamentos defendendo a motivação de atos administrativos somente nos casos em que a lei expressamente impusesse este dever.^[10]^[11] E ainda que assim fosse, a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, foi incluída na Lei Federal 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal,^[12] afastando suposta necessidade de leis esparsas optarem quando o ato administrativo deve ou não ser motivado.

Destaca-se que a motivação dos atos administrativos deve, obrigatoriamente, incidir sobre atos administrativos vinculados e discricionários. A Constituição Federal e a Lei Federal 9.784/1999 não excepcionaram a motivação somente a atos administrativos discricionários. Como mencionamos, a motivação indicará os pressupostos de fato e de direito que dão a sustentação ao ato e, portanto, aplica-se também aos atos vinculados.

É evidente que a motivação dos atos administrativos vinculados – isto é, aqueles que a lei já predefine a conduta a ser adotada pelo administrador – estará em segundo plano em comparação com o motivo que ensejou a edição do ato. Caso um cidadão, por exemplo, ingresse com pedido de aposentadoria, demonstrando ter preenchido o tempo mínimo de contribuição definido na Constituição Federal, caberá ao servidor público do Instituto Nacional de Seguridade Social analisar os documentos apresentados e, cumpridos os requisitos legais, conceder ou negar a aposentadoria pleiteada. Esse ato administrativo não comporta discricionariedade.

De toda forma, a concessão ou a negativa da aposentadoria deverá ser motivada com a indicação do pressuposto fático e jurídico ponderado pelo servidor. Caso contrário, em caso de negativa da aposentadoria, o cidadão não terá suporte para questionar eventual negativa ou, em caso de concessão da aposentadoria, os órgãos de controle não terão elementos para realizar fiscalizações.

Como consequência para a ausência de motivação de ato administrativo vinculado, filiamo-nos ao entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual, via de regra, o ato deverá ser reputado inválido, salvo se a Administração Pública demonstrar que a motivação do ato havia sido editada anteriormente.^[13]

Como não poderia ser diferente, o dever de motivação em atos discricionários fica mais evidente ainda. Uma vez que a motivação confere transparência sobre os motivos que resultaram em determinada decisão administrativa, permitindo que o interessado possa exercer o contraditório e o devido processo legal, a exposição de motivos pelo administrador que ensejou um determinado resultado em detrimento de outro (exercício da discricção administrativa) é imprescindível.

Desta forma, a falta de motivação nos atos administrativos discricionários torna o ato inválido e, via de regra, de impossível convalidação. Excepcionalmente, a Administração Pública poderá demonstrar que o ato praticado continha motivação preexistente que justificava a sua edição – ainda que o documento que ampare a justificativa seja apartado ao ato, como um parecer, uma nota técnica, um laudo etc.^[14]

3.A LINDB e as alterações de segurança jurídica

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzida por meio do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, é um conjunto de normas jurídicas que regem a hermenêutica sobre as demais normas em nosso ordenamento jurídico, isto é, a lei de introdução às próprias leis brasileiras.^[15] É a bússola legislativa que orienta o intérprete em sua atividade cognitiva de decodificar o sentido e a aplicação das normas dispostas no sistema.

Originalmente denominada Lei de Introdução ao Código Civil, a alteração da nomenclatura legal, em 2010, teve como objetivo esclarecer que as normas contempladas nesse diploma legal regiam não só o direito privado, mas também a hermenêutica e aplicação das normas de direito público. A alteração da alcunha para LINDB, contudo, não trouxe nenhuma inovação prática ao direito público, afinal grande parte de seus artigos permaneciam se relacionado à interpretação e aplicação do direito privado e do direito internacional.

Esse panorama somente foi alterado em 2018 após o advento da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu "*disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*". Os dez novos artigos incluídos na LINDB passaram a balizar a hermenêutica, revisão e o controle do ato administrativo, a criação e aplicação de políticas públicas e a responsabilização do administrador em casos em dolo ou erro grosseiro.^[16]

A partir de expressões usualmente utilizadas pela jurisprudência e, sobretudo, pela doutrina administrativista moderna, como "valores jurídicos abstratos" e "consequências práticas da decisão", o legislador positivou comandos aplicáveis à atuação de administradores, julgadores e controladores. E essa influência na atividade administrativa tinha o claro propósito de "*neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública*", nas palavras do relator do projeto de lei que viria a ser sancionada na Lei 13.655/2018.^[17]

Em outros termos: a introdução dos artigos na LINDB pretendeu positivar entendimentos construídos por precedentes judiciais e administrativos e pela doutrina moderna, gerando um controle sobre o controle exercido pelas autoridades públicas. Sob esse aspecto, ao mesmo tempo que não negamos a importância das alterações promovidas na LINDB para fins de promover maior segurança jurídica aos administrados, tampouco concordamos que o texto legal tenha criado paradigmas hermenêuticos das normas de direito público.

Para fins do presente estudo, destacamos os artigos 20 e 21 introduzidos na LINDB e que dialogam com o dever de motivação dos atos e decisões administrativas.^[18]

O artigo 20 veda a adoção de "valores jurídicos abstratos" como motivação das decisões proferidas nas instâncias administrativa, controladora e judicial sem que sejam considerados os efeitos da decisão, ou seja, as consequências práticas. Isso não significa que o agente não poderá fundamentar a sua decisão em valores abstratos, tais como "interesse público" e "dignidade da pessoa humana". O conteúdo da norma, na realidade, preocupa-se em assegurar ao administrado que as decisões não serão motivadas somente a partir da invocação de fundamentos indeterminados ou genéricos.

Exige-se, a partir da interpretação desta norma, que a autoridade competente realize um exercício de ponderação em relação às possíveis consequências práticas que sua possível decisão pode gerar no mundo fático. Administradores, julgadores e controladores não poderão, portanto, fundamentar suas decisões em conceitos jurídicos indeterminados como a “supremacia do interesse público” sem avaliar os impactos dessa decisão no caso concreto.

Aqui precisamos destacar dois enunciados aprovados pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, em 14 de junho de 2019, sobre a interpretação do *caput* do artigo 20. De acordo com o Enunciado 2/2019, a motivação poderá ocorrer por remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos, desde que a autoridade competente não se exima de analisar as particularidades do caso concreto (inclusive para o caso de não aplicação da orientação geral).

Além disso, o Enunciado 6/2019 prevê que a referência legal à “valores jurídicos abstratos” não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo, também, regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Essa interpretação é valiosa, pois *a contrario sensu* poderia se entender que a mera remissão a normas legais seria suficiente para motivar a decisão administrativa. Ocorre que há circunstâncias que a remissão legal se depara com conceitos jurídicos indeterminados como “interesse público”, o que, consoante o Enunciado 6/2019, merece ser sopesado à luz das consequências da decisão.

O parágrafo único do artigo 20 vai além ao dispor que a motivação da decisão deverá demonstrar a “*necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*”. Aqui há um evidente espírito de reduzir o hipercontrole exercido por órgãos competentes e que afligem os administrados por falta de segurança jurídica.

O exercício de ponderação das consequências não exige que a autoridade pratique futurologia: o decisor deverá pautar sua análise frente às possíveis alternativas da sua decisão, levando em consideração aspectos sociais, econômico-financeiros, políticos e, evidentemente, jurídicos. E, por força do parágrafo único do artigo 20, a motivação do ato ou da decisão deverá apresentar o racional utilizado, inclusive em relação à necessidade e adequação do conteúdo do ato.

Mais adiante, referimo-nos ao artigo 21 que, em linha com o artigo 20, prevê que as decisões editadas nas esferas administrativa, controladora ou judicial que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. O parágrafo único desse artigo revela preocupação com a onerosidade excessiva imposta ao administrado ao

indicar que eventual regularização de ato ou fato jurídico ocorra de modo "*proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*".

São valiosas as lições de José Vicente Santos de Mendonça acerca da definição das consequências jurídicas e administrativas, necessárias para compreender o espírito desta norma. Ao seu ver, as "*consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição*".^[19]

Com efeito, assim como a previsão constante do artigo 20 da LINDB, as autoridades competentes que determinarem quaisquer invalidações deverão, obrigatoriamente, sopesar as consequências desta decisão de acordo com os impactos no caso prático.

4. Inovação ou retórica?

Após expormos, em apertada síntese, o dever de motivação dos atos e decisões administrativas e as alterações legais promovidas em 2018, propomos a seguinte reflexão: os artigos 20 e 21 inovaram no ordenamento jurídico ou não, tendo apenas o condão de ratificar aquilo que a teoria dos atos administrativos já previa?

De um lado temos quem afirme que a reforma da LINDB não inovou no exercício hermenêutico das normas de direito público. Segundo essa visão, os artigos 20 e 21 apenas dão eficácia às exposições doutrinárias a respeito da interpretação consequencialista e em sua aplicação pelo administrador, julgador e controlador.^[20]

Do outro lado há quem veja as inovações com o exato propósito de eliminar práticas subjetivas e superficiais das autoridades competentes. Entende-se que o objetivo desta reforma foi alcançado pelo fato de aumentar a segurança jurídica aos administrados ao positivar entendimentos então sedimentados na doutrina, mas de baixa aplicação pelos responsáveis pelas decisões administrativas, judiciais e controladoras.^[21]

Sem medo de ficar "em cima do muro", entende-se que ambas as posições são acertadas.

Antes de mais nada, precisamos refutar o tom pejorativo que determinados autores utilizam para discorrer sobre o *consequencialismo*. Ao contrário do que afirmam, o consequencialismo não representa uma carta branca à disposição do administrador para decidir somente com base em fenômenos econômicos, políticos ou sociais. Na realidade, e aqui faremos referência a Neil MacCormick, um dos principais autores responsáveis pela criação dessa visão, o consequencialismo deve ser visto como a ponderação para os prováveis impactos que a decisão terá no comportamento da sociedade.

É dizer: apesar de a interpretação consequencialista dever ser adotada quando surgirem problemas de interpretação da norma, nenhuma deliberação pode ser feita se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema jurídico. O autor escocês diz que a decisão deve ser coerente com os princípios emanados da ordem jurídica e, portanto, que as consequências jamais poderão se sobrepor à ordem jurídica.[22]

Com isso em mente, verificamos que há muito a doutrina já repercutia que o intérprete do Direito deveria se preocupar com as consequências prováveis de cada interpretação. Adotando as lições de Carlos Maximiliano, o hermeneuta deve interpretar o Direito inteligentemente, afastando-se de interpretações absurdas ou incompatíveis com o interesse geral.[23]

Em relação aos atos administrativos, especialmente os discricionários, tampouco haveria liberdade de escolha conferida pela lei aos administradores competentes. Há, na realidade, uma margem de atuação não-vinculada, cujo processo de análise decisório deve se ser percorrido para satisfazer a finalidade “ótima” da lei.

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello refuta a discricionariedade administrativa como leque de escolhas do administrador. No seu entendimento, as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma jurídica devem ser avaliadas à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto de modo que a depender das balizas estabelecidas, a discricionariedade poderá ser inclusive suprimida a apenas uma alternativa possível.[24]

Os racionais mencionados coadunam com a ideia de que o sistema jurídico brasileiro impõe o “dever de boa administração”, ou seja, que o hermeneuta deve perseguir a solução perfeita diante das circunstâncias concretas. Invocar valores jurídicos abstratos, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos gerais do direito sem traçar paralelos com o contexto apresentado em determinado caso viola as regras basilares de interpretação jurídica.

Sendo este o caso, temos que o ato administrativo não foi motivado ou, pelo menos, que a motivação do ato não foi adequada para atender a finalidade perfeita da norma. Com efeito, a conduta imposta pelo ato “*não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e quando alguém atua em desconformidade com a finalidade legal, o ato é inválido*”. [25]

Aqui temos a demonstração de que a doutrina clássica já se manifestava pela invalidação de atos e decisões administrativas quando não se atentassem às consequências práticas da decisão. Sob esse prisma, nos parece correta a afirmação de que o comando

normativo gerado pela inclusão dos artigos 20 e 21 não trouxeram grandes inovações no sistema.

Esse racional, agora positivado na LINDB, parece-nos válido para vincular as esferas administrativa, judicial e controladora que porventura não ponderassem as consequências de suas decisões. E essa é justamente a justificativa por trás da sua inclusão no sistema jurídico.

Ainda sob esse contexto, mais um elemento justificaria a preocupação do legislador ao incluir os artigos 20 e 21 na LINDB: o excesso de decisões fundadas em princípios. Essa discussão ganhou protagonismo após o avanço da teoria pós-positivista,^[26] segundo a qual se reconhece a dimensão normativa dos princípios jurídicos e o Direito passa a ser considerado não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma ordem objetiva de valores.

A adoção de princípios jurídicos para fundamentar decisões administrativas, contudo, gera uma enorme insegurança jurídica ao administrado que se depara, inclusive, com decisões distintas em casos similares. De acordo com Marçal Justen Filho, "*a proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de indeterminação da disciplina jurídica*", de modo que a nova imposição legal aos administradores se revela adequada (e até necessária) para garantir a motivação dos atos administrativos.

5. Conclusão

Há muitas décadas a teoria clássica dos atos administrativos enaltece a motivação como fundamento de validade dos atos administrativos. É dizer: o ato (ou a decisão) que não contiver motivação – ainda que em casos de atos vinculados – cerceia a ampla defesa e o contraditório dos administrados, assim como a possibilidade de fiscalização dos órgãos de controle. Como consequência, o ato administrativo sem motivação será, via de regra, considerado inválido.

Ocorre que com a proliferação de decisões fundamentadas exclusivamente em princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados, a motivação foi colocada em segundo plano. Dizer que essa ou aquela decisão foi tomada com base na "supremacia do interesse público" ou na "indisponibilidade do interesse público" se tornou recorrente nas vias administrativas, controladoras e judiciais.

Sob este contexto, quis o legislador reformar a LINDB para impor um dever adicional no processo decisório: a motivação deve sopesar as consequências práticas que a decisão pode gerar. Aqui não se exige um exercício de prever consequências incalculáveis ou imprevisíveis, mas somente que o decisor considere alternativas e impactos das possíveis decisões.

Em um cenário de prorrogação de contrato de concessão, por exemplo, a decisão discricionária da Administração Pública por aceitar ou não o pedido de prorrogação deve sopesar quais serão os impactos mediatos e imediatos, envolvendo: (i) custos que a Administração Pública deveria alocar para modelar uma nova licitação; (ii) custos que a Administração Pública incorreria ao assumir a prestação do serviço público enquanto nova concessionária não assumisse a exploração da infraestrutura; (iii) possibilidade de incluir novos investimentos (adequados e necessários) no contrato de concessão para prorrogá-lo para a atual concessionária; entre outros elementos.

A despeito de o Supremo Tribunal Federal já ter reconhecido a discricionariedade da Administração Pública em matéria de prorrogação contratual, defendemos nesse exemplo a imprescindibilidade de as decisões administrativas serem motivadas à luz das consequências práticas que impactarão o orçamento público e a prestação do serviço ao usuário. Uma decisão negando a prorrogação por “interesse público”, sem sopesar os efeitos dessa decisão poderá ser reputada como inválida.

Entendemos, portanto, que as alterações da LINDB no tocante ao dever de motivação dos atos e das decisões administrativas têm como propósito afastar a adoção de princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados sem nenhum aprofundamento, reforçando o dever de boa administração e da motivação adequada da teoria dos atos administrativos.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Marcel Giard, 1926, v. III : le conctionnement des services publics.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5: ato administrativo e processo administrativo* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Segurança jurídica para a inovação pública*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 75, p. 118-125, jul./set. 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOTAS:

[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 386.

[2] Para uma análise completa sobre a conceituação de função administrativa, função pública e interesse público, v. por todos: MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu

Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5: ato administrativo e processo administrativo* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

[3] CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 126.

[5] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 393.

[6] Há, ainda, posição doutrinária defendendo que a motivação constituiria um “ato jurídico autônomo” de modo que esta integraria a álea dos requisitos procedimentais do ato administrativo. Nestes termos, SUNDFELD, Carlos Ari. A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 75, p. 118-125, jul./set. 1985; e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[7] “Desses três princípios estruturantes – republicano, democrático e do Estado de Direito – decorre a regra geral de que todo ato administrativo deve ser motivado. Está absolutamente superado o velho entendimento de que somente é obrigatória a motivação quando a lei expressamente a imponha. São os princípios jurídicos que determinam quando uma decisão deve ou não ser motivada: na ausência de uma regra abstrata que imponha a motivação não há que se descartar sua imposição; pelo contrário, como regra geral, ela é sempre obrigatória. Despicienda, assim, sua previsão legal” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5: ato administrativo e processo administrativo* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, RB-5.19).

[8] Supremo Tribunal Federal, Plenário, RE 589.998, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Data do julgamento 20.03.2013.

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

[10] “Les agents publics ne sont tenus de motiver leurs actes que lorsque la loi ou un règlement les y oblige. En l’absence d’un texte, ils n’ont pas besoin de motiver leurs décisions” (JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Marcel Giard, 1926, v. III : le conctionnement des services publics, p. 220).

[11] “No que se refere à motivação, porém, temos para nós, com o respeito que nos merecem as respeitáveis opiniões dissonantes, que, como regra, a obrigatoriedade inexistente. Fundamo-nos em que a Constituição Federal não incluiu (e nem seria lógico incluir, segundo nos parece) qualquer princípio pelo qual se pudesse vislumbrar tal intento; e o Constituinte, que pela primeira vez assentou regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, tinha tudo para fazê-lo, de modo que, se não o fez, é porque não quis erigir como princípio a obrigatoriedade de motivação. Entendemos que, para concluir-se pela obrigatoriedade, haveria de estar ela expressa em mandamento constitucional, o que, na verdade, não ocorre. Ressalvamos, entretanto, que também não existe norma que vede ao legislador expressar a obrigatoriedade. Assim, só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125-126).

[12] Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (...) Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...). § 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

[13] “Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 410-411). Nesse mesmo sentido, “Quanto aos atos ditos vinculados os quatro doutrinadores [Celso Antônio Bandeira de Mello, Floriano Dutra de Araújo, Carlos Ari Sundfeld e Juarez Freitas] afirmam, com palavras diferentes, a mesma ideia à qual acedemos sem reservas: a motivação é exigível também dos atos vinculados, o que significa que não se pode transformar em uma prática comum na rotina do administrador a supressão da motivação em atos de competência vinculada; mas, se porventura a motivação não ocorrer – o que deve ser exceção, apenas acontecer por uma falha justificável –, o ato poderá ser convalidado se for reconhecida que a única solução possível a contemplar a competência vinculada é realmente a interpretação jurídica que foi empregada pela Administração” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 201-202).

[14] “Entretanto, se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato motivado está

irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, 'fabricar' razões lógicas para justifica-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 411). Destaca-se que há posicionamentos contrários a tese exposta,

[15] "Na verdade, é uma lei de introdução às leis, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação. Trata-se de uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico. É uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (...), um superdireito, ou melhor, um direito coordenador de direito" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73-74).

[16] Para uma análise aprofundada acerca da história legislativa da Lei 13.655/2018 vide, por todos: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020.

[17] Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&disposition=inline>>. Acesso em: 16 jun, 2021.

[18] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

[19] MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Edição especial: direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 50.

[20] “Pretendeu-se, por meio da lei, impor aos órgãos de controle e aos operadores do direito em geral a implementação dos avanços científicos. Pode-se dizer que, teoricamente, em relação aos atos administrativos, as inovações da Lei nº 13.655/18 não configuraram, em absolutamente nada, verdadeiras ‘inovações’. Foram uma tentativa de dar eficácia aos avanços científicos das últimas décadas, que não foram, por desconhecimento, implementados no cotidiano da Administração Pública” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess et. al (Coord). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 23).

[21] “As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 15).

[22] “A adução do princípio ou analogia, embora necessária, não é suficiente para a completa justificação da decisão. A deliberação que rege diretamente o caso deve ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da ‘coerência’ envolvida no recurso ao princípio ou à analogia. E exatamente da mesma forma (...) deve ser aplicado o teste para verificar a coesão. É preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 326).

[23] “Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita um a consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em

cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame. Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. E antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 135).

[24] “(...) quando a norma jurídica vinculadamente estabelece um único comportamento perante situação definida em termos objetivos, ninguém duvida que ela quer um comportamento ótimo e que foi considerado possível pré-definir a conduta dessarte qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs a tutelar; por isso o fez em termos de vinculação total. Mas, caberia perguntar: quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade? Muito pelo contrário. A discricção, como se espera a breve trecho comprovar, é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 32).

[25] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 36

[26] “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais” (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 4-5. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10 jun, 2021.

A MERA CONTRIBUIÇÃO FINANCEIRA DE UM INDIVÍDUO PARA PROMOVER E FINANCIAR PESSOALMENTE OU POR INTERPOSTA PESSOA, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CONFIGURA O CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA?

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR⁵

(coautor)

Em outras oportunidades falamos sobre pontos não enfrentados pela doutrina, acerca da posição daquela pessoa que contribui financeiramente para organização criminosa, em determinados contextos e os respectivos reflexos penais.

Com o escopo de trazer mais polêmicas ao epicentro de nossa proposta expositiva, sabemos que na grande maioria do território brasileiro em que as organizações criminosas estão efetivamente instaladas, para traficar drogas, o indivíduo na condição de traficante deve efetuar um pagamento intitulado de "caixinha", "camiseta" "dentre outras terminologias correlatas" para com a organização, sob pena de retaliações, até mesmo a "pena de morte" ("salve"). Ora, o traficante que efetua pagamento do valor mensal à organização, necessariamente, fomenta e a financia à organização criminosa, incorrendo ainda que por "adesão" aos núcleos verbais do art. 2º da Lei 12.830/2013.

O mesmo raciocínio do traficante acima podemos estender para outras atividades ilícitas em que a organização criminosa venha estatuir pagamentos prévios como condição de manter ou dar início às atividades ilegais naquelas localidades.

Entendemos que nessa circunstância específica, o traficante que, de maneira voluntária e consciente, faz o repasse financeiro ou adere ao pagamento, em prol da

⁵ Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso e atualmente lotado no Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECO).

organização criminosa incide nos verbos promover e financiar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013).

Os traficantes dentre outros figurantes da criminalidade têm invocado nessas situações, em seus brados defensivos em juízo, teses como coação moral irresistível, coação física irresistível, obediência dentre outras teses, no afã de se desvencilharem e eximirem das imputações penais.

Partimos da premissa de que a ninguém é dado o direito de alegar a própria torpeza (“Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans”). Logo, nos parecem totalmente descabidas essas teses. Fato é que ao aderir à prática criminal e à organização, aceita o infrator suas “regras” (sic) e “leis” (sic) e a elas se afilia. Não pode reclamar sobre coação em relação aos repasses financeiros que deve fazer para poder perpetrar suas condutas criminais. Isso se assemelha ao filho que mata os pais e depois vem se queixar de ser órfão! Ao afiliar-se à organização criminosa, ciente das condições de ingresso e manutenção na atividade, concorda e adere indubitavelmente ao seu financiamento e promoção, os quais fazem parte inseparável da atividade ilícita em questão.

A propósito do tema, o art. 1º, da Lei Federal nº 12.850/2013 estabelece sobre a definição de organização criminosa:

CAPÍTULO I

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016)

Nesse viés, o legislador ordinário fez a opção de considerar a definição de organização criminosa como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Além disso, o legislador permitiu a aplicabilidade desta lei também para fins de organização criminosa em situação que envolva as infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, assim como às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Já o art. 2º, da Lei de Organização Criminosa preceitua:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Por zelo ao debate, cabe ingressar nessa oportunidade nas exigências da organização criminosa dirigidas a pagamentos de atividades lícitas (comércios, feirantes, etc., em que se *impõe* o temor de possível retaliação para aqueles que osem não repassar valores à "orcrim".

Afinal, para respondermos a essas provocações devemos visualizar ao menos 3(três) possíveis cenários:

1º cenário: o comerciante, empresário, feirante dentre outros figurantes de atividades lícitas que sofrem extorsões claras de integrantes da organização criminosa. Nessa situação, entendemos que não se pode imputar ao comerciante, empresário, feirante dentre outros figurantes de atividades lícitas a conduta dos verbos promover e financiar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013). São obviamente vítimas de extorsão no modelo da conhecida máfia com sua

“venda” (sic) de “proteção” (sic) às pessoas. As figuras de vítima e algoz estão muito bem delineadas e distinguidas nessa situação, inexistindo dúvida ou confusão a ser dirimida.

2º cenário: o comerciante, empresário, feirante dentre outros figurantes de atividades lícitas que sofrem “pedidos” de colaboração dentre outras terminologias de integrantes da organização criminosa. Nessa situação, entendemos que diante da ameaça velada e sutil de possíveis retaliações, caso não efetue pagamento dos “pedidos” vindos da “orcrim”, não se pode imputar também ao comerciante, empresário, feirante dentre outros figurantes de atividades lícitas a conduta dos verbos promover e financiar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013). Aqui a única diferença é que a coação ou ameaça é “velada” ou “implícita” ao passo que no primeiro cenário tudo é mais explícito e direto. No entanto, num e noutro caso as pessoas são evidentemente coagidas e vitimizadas por extorsionários, novamente não sendo possível confundir vítimas e algozes.

3º cenário: o comerciante, empresário, feirante dentre outros figurantes de atividades lícitas que espontaneamente efetuam colaboração dentre outras terminologias aos integrantes da organização criminosa. Aqui pensamos que se voluntariamente e de maneira consciente, o comerciante, empresário, feirante dentre outros figurantes de atividades lícitas repassem valores aos integrantes da “orcrim” por “simpatia à causa” ou como “mero colaborador” ou até mesmo em uma espécie de “investimento”, pode-se imputar também as condutas dos verbos promover e financiar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013).

Concernente ao “**dolo**” em si, que é a vontade dirigida de um ato de maneira consciente e voluntária, visando à produção de um resultado, é nítida a presença deste elemento na última hipótese em voga, pois o hipotético **indivíduo simpatizante, investidor ou colaborador** que realiza repasses financeiros à organização criminosa promove e financia o propósito da “orcrim”.

No que diz respeito à **adesão** aos desideratos da organização criminosa pelo hipotético **indivíduo simpatizante ou colaborador desta** – que está dentro do concurso de pessoas⁶ e temáticas correlatas –, temos o equivalente à terminologia **adesão**. O

⁶“DO CONCURSO DE PESSOAS

Regras comuns às penas privativas de liberdade

Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º – Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

indivíduo que promove à anuência, acorde, aceite, apoie, aprove, aquiesça, abrace, concorde, afilie-se, alie-se, apoie ou aprove às **ordens emanadas pelo centro de poder ou segmentos estruturais da “orcrim” que orchestra os atos e assim o materializa em favor desta.**

Com referência à doutrina pátria, compete apontarmos que ela adota várias definições sobre o concurso de pessoas, porém, entendemos válido para realçar nossa exposição, citar Damásio de Jesus:

A infração penal, porém, nem sempre é obra de um só homem. Com alguma frequência, é produto da concorrência de varias condutas referentes a distintos sujeitos. [...] Neste caso, quando várias pessoas concorrem para a realização da infração penal, fala-se em codelinquência, concurso de pessoas, coautoria, participação, coparticipação ou concurso de delinquentes (*concursum delinquentium*) [...] (JESUS, 2010, p. 447).

Em trilho à doutrina tradicional, vale dizer que esta ensina a regra (com variações de doutrina para doutrina) dos requisitos para o concurso de pessoas no crime como sendo: a pluralidade de condutas, o liame subjetivo e a identidade de infração para todos os envolvidos.

Ademais, a autoria⁷ pode se manifestar por três modos distintos: autoria direta (ou imediata), coautoria e autoria mediata (ou indireta)⁸ – sem adentrarmos em

§ 2º – Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 – Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Casos de impunibilidade

Art. 31 – O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

⁷ Por fim, se tem a **autoria colateral** que não pode corresponder à concorrência de pessoas para fins delitivos. Anota-se que, os requisitos do concurso de agentes consiste na existência da conexão psicológica entre os envolvidos, ou seja, o liame de vontades. Por sua vez, a autoria colateral se caracteriza justamente por não haver tal vínculo entre os agentes. A **autoria colateral** se dá quando duas ou mais pessoas buscam dar causa a determinado resultado, convergindo suas condutas para tanto, sem estarem unidos pelo liame subjetivo.

⁸ Sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes preleciona que:

“Ocorre autoria mediata (ou autoria por determinação), em Direito penal, quando o autor (o que comanda o fato) domina a vontade alheia e, desse modo, utiliza outra pessoa que atua como instrumento da

realização do crime. Exemplo: o médico quer matar seu inimigo que está hospitalizado; a droga letal que ele indica é ministrada em injeção realizada pela enfermeira, que é utilizada como instrumento. O médico induz a enfermeira a erro, por isso que essa situação também é chamada de autoria por determinação. Uma situação peculiar de autoria mediata ocorre quando o agente imediato, que serve de instrumento, atua dolosamente, mas dentro de uma estrutura de poder (organização criminosa, pública ou privada). O agente "instrumento", em qualquer uma dessas situações, mata a pessoa por determinação do superior, que deve ser responsabilizado penalmente.

A polêmica que existe versa sobre se esse superior seria autor mediato, coautor ou indutor. Na primeira edição do nosso livro *Direito penal-PG*, v. 2 (São Paulo: RT, 2007) nossa inclinação era em favor da coautoria (o superior seria coautor intelectual enquanto o inferior seria coautor (executor). A questão, no entanto, merece novas reflexões.

Para a adequada compreensão do tema impõe-se preliminarmente distinguir a criminalidade organizada estatal da não estatal. Exemplos da primeira: nazismo, Carandiru etc. Exemplos da segunda: PCC, Comando Vermelho, Máfias etc.

Na primeira há uma ordem dada por um superior (que determina a morte de um terceiro). Quando a ordem é não - manifestamente ilegal, aplica-se o art. 22 do CP: quem deu a ordem é autor mediato e quem a cumpriu é agente instrumento. Só responde pelo delito, nesse caso, o superior. O inferior é absolvido pela inexigibilidade de conduta diversa ou pelo erro de proibição. Quando a ordem é manifestamente ilegal, os dois respondem pelo delito (o superior e o inferior). O superior seria autor mediato (posição de Roxin), indutor (posição de Herzberg) ou coautor (posição de Jakobs)?

Na segunda hipótese (criminalidade não estatal) há uma coação moral (determinação). Quando a coação moral é irresistível, aplica-se o art. 22 do CP: quem coagiu é autor mediato e quem foi coagido é agente instrumento. Só responde pelo delito, nesse caso, o superior (o autor da coação). O coagido é absolvido pela inexigibilidade de conduta diversa. Quando a coação é resistível, os dois respondem pelo delito (o coator e o coagido). O autor da coação seria autor mediato (posição de Roxin), indutor (posição de Herzberg) ou coautor (posição de Jakobs)?

O tema mereceu a análise de Claus Roxin ("Problemas de autoria y participacion em la criminalidad organizada", em Revista Penal, n. 2, Editorial Práxis S.A., em colaboração com as Universidades de Huelva, Salamanca e Castilla-La Mancha), que iniciou afirmando as duas características comuns presentes em ambas as hipóteses de criminalidade organizada:

- (a) a intercambialidade do agente instrumento (qualquer integrante do grupo organizado pode ser o executor ou autor imediato do delito) e
- (b) o "agente de trás" tem o domínio organizacional do fato (ou seja: domina a organização criminosa).

Em seguida o autor citado apresenta suas razões para não se admitir a tese de Jakobs (consistente na coautoria). O agente de trás (o autor mediato) não é coautor (diz Roxin) por três motivos:

- (a) porque no caso de uma organização criminosa não existe uma decisão delituosa comum (não há uma resolução conjunta, que é a marca distintiva da coautoria. O "chefe" dá a ordem, mas não delibera o delito de forma conjunta;
- (b) porque a decisão não é tomada no mesmo nível, tal como ocorre na coautoria; ao contrário, a decisão ocorre nos escalões superiores da organização;

(c) a estrutura da coautoria, como se vê, é horizontal, enquanto a estrutura da organização criminosa é vertical.

Por todas essas razões não se pode afirmar a tese da coautoria (defendida por Jakobs). O agente de trás (que deu a ordem) é autor mediato, não coautor.

O agente de trás, de outro lado, tampouco é indutor (partícipe, como afirma Herzberg). Por quê? Pelo seguinte:

(a) numa organização criminosa o que existe é uma "ordem" (uma coação moral), não uma mera sugestão ou uma ideia delitiva (que é típica da indução);

(b) na organização criminosa quem dá a ordem é um superior hierárquico, ou seja, existe uma relação de hierarquia; isso não ocorre no induzimento, isto é, não existe relação de hierarquia na participação por indução;

(c) na organização criminosa a relação, como se vê, é vertical (de cima para baixo); no induzimento a relação é horizontal (indutor e executor estão em pé de igualdade);

(d) na organização criminosa quem dá a ordem tem o domínio organizacional do fato; na indução quem induz não tem o domínio do fato;

(e) quem comanda (quem dá a ordem) na criminalidade organizada participa de fato próprio; o indutor participa de fato alheio;

(f) o fato de quem deu a ordem é principal; a participação por indução é sempre acessória;

(g) quem tem o domínio do fato é sempre autor (ou coautor), não mero partícipe; quem induz é mero partícipe de um fato alheio;

(h) contraria a lógica dos conceitos (a natureza das coisas) afirmar que quem deu a ordem é mero partícipe (ele, na verdade, é autor, aliás, mediato);

(i) o indutor necessita encontrar o autor (ter contato com ele, convencê-lo do delito, vencer suas resistências etc.); o agente de trás (ou seja: o autor mediato), nas organizações criminosas, só necessita dar a ordem (que será cumprida por algum subordinado, totalmente intercambiável);

(j) o executor, na organização criminosa, é intercambiável; no induzimento o executor é singular (necessita ser individualizado, convencido etc.);

(k) no induzimento o indutor necessita ter contato direto com o executor; na organização criminosa esse contato dificilmente acontece.

Por todas as razões expostas vê-se que estamos diante do instituto da autoria mediata (essa é a posição de Roxin, que estamos acompanhando). Uma última observação importante desse autor diz respeito à autoria mediata sucessiva, que ocorre quando um primeiro superior (comandante) passa a ordem para um segundo que a retransmite ao executor. Nesse caso temos dois autores mediatos (superiores) e um executor (inferior).

Em regra, na autoria mediata, o único responsável pelo delito é precisamente o autor mediato (que tem o domínio sobre a vontade alheia). O agente instrumento acaba sendo utilizado pelo agente de trás (para realizar, para este último, o delito). Essa regra comporta pelo menos duas exceções:

(a) quando o agente instrumento atua com culpa e

(b) quando o agente instrumento atua (também) com dolo, mas dentro de uma estrutura de poder (dentro de uma organização criminosa).

outras classificações como: **autoria de determinação, autoria de Escritório, domínio do fato, domínio do fato organizacional.**

Debruçando-nos acerca da autoria direta por recorte a nossa abordagem, Luiz Régis Prado entende como:

[...] é aquele que pratica o fato punível pessoalmente. Pode ser: autor executor (realiza materialmente a ação típica) e autor intelectual (sem realizá-la de modo direto, domina-a completamente (PRADO, 2004, p. 397).

Em conclusão, podemos afirmar categoricamente a necessidade imprescindível de enfrentamento às novas figuras e práticas criadas para burlarem a configuração da organização criminosa, pois a **mera contribuição financeira de um indivíduo para promover e financiar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, configurará ou não o crime de organização criminosa, a depender do contexto fático apresentado.**

Referências bibliográficas:

GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada: quem determina uma morte é autor mediato, co-autor ou indutor? Disponível: <<<https://www.migalhas.com.br/depeso/72631/criminalidade-organizada--quem-determina-uma-morte-e-autor-mediato--co-autor-ou-indutor>>>. Acesso em 10.01.2024.

Fora dessas exceções, o único responsável pelo delito na autoria mediata é justamente o autor mediato." (GOMES, 2008, p. 1)

"Ocorre autoria mediata (ou autoria por determinação), em Direito penal, quando o autor (o que comanda o fato) domina a vontade alheia e, desse modo, utiliza outra pessoa que atua como instrumento da realização do crime. Exemplo: o médico quer matar seu inimigo que está hospitalizado; a droga letal que ele indica é ministrada em injeção realizada pela enfermeira, que é utilizada como instrumento. O médico induz a enfermeira a erro, por isso que essa situação também é chamada de autoria por determinação.

Uma situação peculiar de autoria mediata ocorre quando o agente imediato, que serve de instrumento, atua dolosamente, mas dentro de uma estrutura de poder (organização criminosa, pública ou privada). O agente "instrumento", em qualquer uma dessas situações, mata a pessoa por determinação do superior, que deve ser responsabilizado penalmente.

A polêmica que existe versa sobre se esse superior seria autor mediato, coautor ou indutor. Na primeira edição do nosso livro *Direito penal-PG*, v. 2 (São Paulo: RT, 2007) nossa inclinação era em favor da coautoria (o superior seria coautor intelectual enquanto o inferior seria coautor executor).

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. Parte geral.** 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Parte geral. 3ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO – UMA ABORDAGEM ENTRE BRASIL E PORTUGAL

DANIEL MAGALHAES ALBUQUERQUE SILVA:

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo desde 2012. Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UNIMAR. Ex-Delegado de Polícia do Estado de Minas Gerais-PCMG-2009⁹.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a abordagem do princípio da confidencialidade na mediação. É crescente a importância dos meios alternativos de solução de litígios nos ordenamentos jurídicos, isto porque o processo tradicional, regulado por um regramento cheio de fases e recursos, revelou-se moroso e ineficiente na função precípua da jurisdição; de pacificação social. Nesse contexto, surgem os meios alternativos de solução de litígios, como a mediação, a conciliação, os Julgados de Paz, que têm entres seus princípios o da confidencialidade. O princípio em tela merece atenção, isto porque se contrapõe ao modelo tradicional, que tem a publicidade de seus atos como regra. De início, serão abordadas as legislações, brasileira e portuguesa sobre o tema. Em seguida, passa-se a análise do princípio em si, com suas especificidades, como as pessoas que são atingidas por tal dever, às exceções ao princípio em comento, além das consequências pela sua violação. Por fim, com o estudo mais aprofundado sobre a confidencialidade e suas nuances, será feita a análise se tal princípio de fato protege as partes envolvidas em um litígio e se é suficiente a garantir ambiente propício para revelação de segredos que permitam as partes, agora desarmadas, conciliarem-se.

Palavras-Chave: Mediação. Confidencialidade. Confiança.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da Confidencialidade; 3. Pessoas atingidas pelo dever de confidencialidade; 4. Exceções à confidencialidade; 5. Consequências da violação; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas; 8. Legislação.

1.Introdução

Os meios alternativos ou adequados de solução de controvérsias positivados nas Leis 29/2013, de 19 de abril em Portugal e 13.140, de 26 de junho de 2015 no Brasil revelam uma importância dada pela ciência processual à efetividade da jurisdição.

Ainda que as realidades sejam distintas, isto porque no Brasil a população ultrapassa a marca dos 200 milhões de habitantes,^[1] certo é que a jurisdição tradicional,

⁹ E-mail: daniel_magalhaes86@hotmail.com

ou seja, aquela em que o processo não seria um fim em si mesmo, mas instrumento para assegurar direitos, com regras e processamento previstos pelos tradicionais Códigos de Processo Civil, revelou-se inapta ou, ao menos, morosa a solucionar os litígios de uma sociedade que evolui e está em constante mutação.

Nesse cenário, cresce a importância dada aos meios alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, a negociação e os julgados de paz. Isto se deve, pois, por estes meios, garante-se ao cidadão uma resposta mais célere, prestigiando o acesso à justiça.

Os meios alternativos de solução de conflitos, justamente por terem como escopo a solução da controvérsia célere e efetiva, têm regramentos e princípios próprios, entre eles a oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, boa-fé, voluntariedade, independência, competência e responsabilidade, além do princípio objeto do presente artigo: a confidencialidade.

Tanto o diploma português como o brasileiro preveem expressamente a confidencialidade como princípio orientador da mediação e, sem pretender esgotar o tema, a abordagem do princípio em tela é justamente a oposição ao clássico paradigma do processo civil, que, ao contrário, tem a publicidade como princípio orientador.

Segue-se a abordagem do conceito de confidencialidade; com sua consagração legal, a determinação de seu âmbito subjetivo, delimitando àqueles que têm o dever de observância da confidencialidade; suas exceções, e o porque destas, tendo em vista que o princípio da confidencialidade assume especial relevo ao permitir que as partes, adotando uma postura de cooperação, criem ambiente de confiança entre elas, com a revelação de conteúdo sigiloso.

Em seguida, por ser o sigilo um dever, necessário se faz breve referência quanto as sanções previstas pelo seu descumprimento.

A abordagem de cada aspecto que envolve o princípio da confidencialidade será realizada fazendo-se um paralelo entre as legislações brasileira e portuguesa, com seus pontos similares e diferenças, razão pela qual não se abrirá tópico específico para a legislação de cada país, com o objetivo final de responder se de fato o princípio da confidencialidade garante às partes envolvidas em um litígio, ambiente de confiança adequada proteção às partes e do eventual conteúdo revelado.

2.Princípio da Confidencialidade

O Princípio da confidencialidade teve sua primeira consagração legal em Portugal na Lei dos Julgados de Paz. Na versão original do art. 52, as partes tinham que subscrever, previamente, um acordo de mediação e, por meio dele, assumir que a mediação tem

caráter confidencial^[2]. Já nessa disposição, em seu último item, constava o impedimento do mediador, que não poderia ser testemunha em qualquer causa que oponha os mediados, ainda que não diretamente relacionada com o objeto da mediação.

Além do citado artigo, a Lei que prevê sobre os Julgados de Paz, sua organização, competência e funcionamento em seu art. 22 traz como dever dos juízes de paz e dos mediadores, o dever de sigilo, salientando que não cabe a tais figuras emitir declarações ou comentários sobre os processos que lhe são distribuídos, somente ressalvando o dever de sigilo para casos que além de não estarem cobertos pelo segredo de justiça, o acesso à informação legítimo o afaste.

Por tais disposições verifica-se a amplitude dada ao princípio da confidencialidade nos Julgados de Paz. Deveria ser observado não somente pelo mediador, mas pelas partes que deveriam assumir o caráter confidencial do acordo, isto tudo para que a confiança entre as partes pudesse ser estabelecida.

Também na União Europeia sentiu-se a necessidade de estabelecer um conjunto de regras para regular a mediação de conflitos. A Diretiva 2008/52/CE surgiu visando a regulação da mediação para conflitos transfronteiriços em matéria civil e comercial.

Seguindo a Diretiva 2008/52/CE, Portugal editou a Lei 29/2009, de 29 de setembro que foi responsável por aditar artigos do Código de Processo Civil^[3] trazendo em seu sumário, inclusive, que tal lei procede à transposição da Diretiva Europeia.

Como a transposição ainda era tímida, adveio a Lei 29/2013 de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, sendo um deles o princípio da confidencialidade, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

De forma muito transparente a referida Lei traz uma série de definições, como o que se entende por mediação^[4], além das definições dos princípios aplicáveis a mediação. São eles: princípio da voluntariedade, princípio da confidencialidade, princípio da igualdade e da imparcialidade, princípio da independência, princípio da competência e da responsabilidade e, finalmente, o princípio da executoriedade.

Como dito, o presente artigo não tem a pretensão de esgotar todo o conteúdo legislativo e a importância de cada princípio na solução alternativa de litígios, razão pela qual será abordado somente o princípio da confidencialidade.

A Lei 29/2013 de 19 de abril traz para o âmbito do Direito Português expressamente em seu art. 5º as diretrizes do princípio da confidencialidade.^[5]

Antes desse diploma a Lei dos Julgados da Paz já previa alguns princípios que deveriam ser observados, entre eles o referido princípio da confidencialidade (conferir o art. 52).

O art. 5º dispõe que o procedimento de mediação tem natureza confidencial e que o mediador de conflitos deve manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento durante o processo.

Em que pese a natureza confidencial da mediação que deve ser privilegiada, certo é que o próprio artigo excepciona tal dever por razões de ordem pública, especificadamente em situações que envolvam a proteção do superior interesse da criança; a integridade física ou psíquica de qualquer pessoa ou quando necessário para execução do acordo obtido com a mediação.

Três meses após a edição da Lei em comento, em 31 de julho de 2013, é publicada a Lei 54/2013, que altera substancialmente a Lei de Julgados de Paz, e embora revogue o artigo 52 – visto que a confidencialidade foi tratada pela Lei 29/2013, de 19 de abril – passa a atribuir mais competências a estes Tribunais, o que demonstra a preferência do Legislador aos meios alternativos, alargando a oferta dos serviços junto do cidadão.^[6]

Note-se que a Lei 29/2013, de 19 de abril consagra especificadamente cada um dos princípios inerentes à mediação, condensando-os em um único diploma o que anteriormente estava previsto, mas de forma esparsa por diversos diplomas – com a edição da Lei foi revogado o artigo 249º-C do Código de Processo Civil.

No Brasil, assim como ocorreu nas terras lusitanas, houve forte valorização dos denominados meios adequados de solução de controvérsias, isto porque, a conflituosidade de uma sociedade cada dia mais plural e diversificada, revelou um Poder Judiciário ineficiente a atender tantas demandas.

Existiu uma primeira tentativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra e arquivado.

Já no ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça, considerando que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal do Brasil além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa, bem como que a conciliação e mediação são instrumentos efetivos de pacificação social^[7], editou a resolução nº 125.

Na citada resolução, em seu anexo, veio a previsão em seu art. 1º, §1º, o princípio da confidencialidade, estabelecendo o dever de sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, com exceção de autorização em sentido contrário das partes ou em caso de violação à ordem pública ou as leis vigentes.

No mesmo parágrafo, há o impedimento em relação ao mediador quanto a ser testemunha em processo e de que em nenhuma hipótese pode ser advogado de qualquer das partes, ao que muito se assemelha as disposições previstas no Direito Português e na Diretiva Europeia.

Seguindo a resolução, no ano de 2015 o Brasil editou as Leis 13.105 de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil – e a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 – que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, ambas com disposições expressas valorizando e, inclusive, impondo como fase obrigatória no processo civil, a promoção da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos.^[8]

Com efeito, o CPC traz uma seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais (artigos 165 a 175). Por essas disposições diferencia as atuações dos mediadores e conciliadores de acordo com a prévia existência ou não de vínculo entre as partes e a postura do terceiro. Vale dizer, o conciliador atuará nos litígios em que não houver vínculo anterior entre as partes, o que lhe dá liberdade, inclusive de sugerir soluções para desavença, ao passo que o mediador atua naqueles casos em que há vínculo entre as partes, restringindo-se ao auxílio aos interessados para compreender o conflito em que inseridos, para que as partes, por si próprias, cheguem a uma solução consensual.^[9]

Em seguida, no art. 166, o Código de Processo Civil já elenca os princípios informadores da conciliação e da mediação, sendo um deles o da confidencialidade e prevê expressamente nos parágrafos que se seguem que a confidencialidade se estende a todas as informações produzidas no curso do processo, cujo teor não poderá ser utilizado para outro fim que não a conciliação em sentido amplo. Em razão do dever de sigilo, mediadores e conciliadores não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos dos procedimentos adequados de solução de controvérsias.

O princípio da confidencialidade também vem expresso na Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição no âmbito da Administração Pública e, à semelhança da Lei Portuguesa 29/2013 de 19 de abril, também traz a definição de mediação^[10].

O princípio da confidencialidade ganha uma seção própria, com conceito, a quem o dever de confidencialidade se aplica, além de suas exceções (artigos 30 e 31).

Como se observa, tanto o Código de Processo Civil, como a Lei 13.140/2015, preveem a importância de a atividade ser conduzida por mediador profissional, imparcial e equidistante do conflito^[11], podendo ser qualquer profissional, não existindo exclusividade para advogados ou psicólogos, ao contrário, há previsão expressa de que

poderá funcionar como mediador qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e seja capacitada^[12].

3. Pessoas atingidas pelo princípio da confidencialidade

Em que pese o processo deva gozar de ampla publicidade, certo é que em matéria de mediação a confidencialidade assume fator de garantia da funcionalidade do instituto.

Como visto, tanto no Direito Português, como no Brasileiro, há expressa previsão pelo dever de confidencialidade para os mediadores e conciliadores. Contudo, tal dever não fica a eles adstrito.

A redação do número 1 do artigo 5º da Lei 29/2013 de 19 de abril determina que o mediador está vinculado a um dever de sigilo, o que também pode ser observado no §2º do artigo 166 do Código de Processo Civil Brasileiro, que de forma mais abrangente, impõe tal dever não só ao mediador e conciliador, mas aos membros de suas equipes.

Contudo, não resulta claro se para além dos mediadores e conciliadores, além dos membros de suas equipes quem mais poderá também estar sujeito ao dever de confidencialidade.

Note-se que em seu artigo 7º a Diretiva Europeia faz referência não só ao mediador, mas a quaisquer pessoas envolvidas na administração do processo de mediação o dever de confidencialidade. De acordo com esta redação, o dever de confidencialidade se estende para além do mediador/conciliador e das partes envolvidas.

À evidência que tal disposição é abrangente, e assim não poderia deixar de ser, pois a Diretiva estabelece um mínimo a ser observado pelos Estados-Membros, não impedindo que cada um destes edite normas mais específicas e de acordo com as especificidades de cada um.

Tal é reforçado pelo número 2 do artigo 7º da Diretiva, que prevê a possibilidade dos Estados-Membros aplicarem medidas mais rigorosas na proteção a confidencialidade na mediação.

Ainda que o art. 5º da Lei 29/2013 não seja específico quanto às pessoas atingidas pelo princípio da confidencialidade, o artigo 16, ao determinar o procedimento a ser seguido, estabelece que o protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador, que declararão o respeito ao princípio da confidencialidade (número 3, item d).

Destaca-se que o princípio da confidencialidade, embora estabeleça que seja a mediação confidencial, não determina que o procedimento seja secreto, razão pela qual tanto no diploma brasileiro como no luso, há exceções ao princípio.

Assim, resulta claro que para além do mediador, as partes se encontram subordinadas ao dever da confidencialidade. Dever este que não só é imposto legalmente, consoante artigo 5º, mas reforçado por uma fonte contratual, com a assinatura do protocolo.

E quanto aos advogados? Estariam eles também subordinados ao dever de confidencialidade?

O artigo 18 é cristalino ao prever que as partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores, além da previsão, inclusive, de acompanhamento das partes por outros técnicos cuja presença considerem necessária – desde que não haja oposição da outra parte.

E arremata no item 3, que todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

Com efeito, ainda que o artigo 5º tenha sido tímido quanto a disposição do dever de sigilo, o fazendo somente ao mediador, certo é que tratou das partes e de qualquer interveniente – nesse ponto a semelhança do que ocorre no Direito Brasileiro – de forma destacada e a não pairar dúvidas de que todos intervenientes também estão sujeitos ao dever de confidencialidade.^[13]

No Direito Brasileiro a disposição expressa veio com a Lei de Mediação nº 13.140/2015, ao dispor no §1º do artigo 30 que o dever de confidencialidade não só cabe ao mediador, mas às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham participado do procedimento de mediação, seja diretamente ou indiretamente.

Assim, e não poderia ser diferente, o princípio da confidencialidade alcança todas as partes envolvidas na mediação, trazendo inegável segurança àqueles que, visando construir uma solução negociada, revelem conteúdos sigilosos, os quais em um processo judicial, poderiam certamente comprometê-los.

4.Exceções à Confidencialidade

A mediação e conciliação, como meios alternativos, ou adequados de solução de controvérsias tem na voluntariedade e na confidencialidade características que a diferem do processo civil jurisdicionado.

A confidencialidade tem como objetivo primeiro criar entre as partes em litígio um ambiente de confiança, sem receio de que eventuais fatos revelados ou expostos possam ser utilizados em seu prejuízo.

No Brasil, a denominada Lei de Mediação (13.140/2015), por tratar da mediação também no âmbito da administração pública, embora traga o princípio da confidencialidade como regra; sua utilização não pode ser admitida como forma de ilidir a transparência e a impessoalidade^[14] que norteiam o uso da *res* pública.

Embora essencial, o princípio da confidencialidade não é absoluto e sequer pode ser confundido com sigilo.

O artigo 30 da Lei em comento, ao prever a confidencialidade, permite que as partes, de comum acordo, renunciem a tal dever. Além da renúncia pelas próprias partes, são exceções a confidencialidade o fato de ser exigida a divulgação por lei ou quando a publicidade for necessária para o cumprimento do acordo obtido.

Ressalva o §2º do artigo 30 que a prova apresentada em desacordo com o disposto no artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. Tal dispositivo reforça o ambiente que o legislador pretende criar àqueles que de fato pretendem a solução consensual do litígio.

Finalmente, os parágrafos 3º e 4º apresentam mais duas exceções: não está abarcada pela regra da confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública, além de tal regra não afastar o dever de as partes prestarem informação à administração tributária.

À semelhança do Brasil, o princípio da confidencialidade em Portugal também não é absoluto.

Seguindo a Diretiva Europeia 2008/52/CE^[15], o artigo 5º da Lei 29/2013, de 19 de abril, ao dispor sobre a confidencialidade, em seu item 3, prevê exceções. Assim, identificam-se enquanto exceções “razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução de acordo por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses”.

É certo que ainda que os dois diplomas – Brasileiro e Português – tragam exceções à confidencialidade, o direito brasileiro dá carta branca às partes quanto à sua obrigatoriedade, pois não só prevê como exceções eventual disposição legal em lei diversa e para o caso de cumprimento do acordo obtido pela mediação, como permite as partes, desde que o façam expressamente, afastar a imposição do sigilo. Cláusula aberta que não

encontra equivalência no Direito Português e, por sua abrangência, pode comprometer o ambiente de confiança prestigiado e estimulado pelo legislador.

5. Consequências da Violação

Como visto ao longo do presente artigo, a confidencialidade na mediação é um dever, com fundamento legal, mas também decorrente da convenção das partes. Como dever, sua inobservância gera sanções.

No Direito Português, a Lei 29/2013 prevê em seu Capítulo V (Sistemas Públicos de Mediação), Secção III, a fiscalização do exercício da atividade de mediação.

Note-se a particularidade de que a previsão que passaremos a análise diz respeito a fiscalização no âmbito da mediação exercida por sistemas públicos e não no âmbito da mediação privada.

No artigo 43 fica estabelecido que a fiscalização compete às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, que podem ser impulsionadas por queixa ou reclamação apresentada contra os mediadores, ou por iniciativa própria, no exercício de supervisão contínua a que são obrigadas a realizar. No item 2, do artigo em comento, estabelece que realizada a fiscalização e, à evidência, ouvido o mediador, o dirigente emite sua decisão fundamentando-a e com indicação da medida a ser aplicada ao mediador, a depender da gravidade do ato.

Em seguida, o artigo 44 elenca as medidas possíveis de aplicação pelo dirigente máximo da entidade gestora do sistema público de mediação. Sendo elas: repreensão; suspensão das listas e exclusão das listas. E no nº 2, vai além, ao prever que no caso de violação ao dever de confidencialidade pelo mediador se subsumir ao artigo 195 do Código Penal^[16], a entidade gestora do sistema público de mediação participa a infração às entidades competentes.

No direito brasileiro, também há sanções a violação ao dever de confidencialidade. Contudo, não há capítulo ou secção específicas. O artigo 173 do Código de Processo Civil determina que será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, além de prever a mesma sanção àqueles que violarem os deveres decorrentes dos parágrafos do artigo 166, entre eles, o dever de confidencialidade (expresso no §1º do artigo 166).

Já a Lei 13.140/2015 que dispõe mais especificadamente sobre a mediação, traz disposições sobre a confidencialidade e suas exceções em seção própria, mas é lacunosa

quanto as sanções aplicáveis ao mediador e conciliador que a desrespeitam, cuidando somente de equiparar, para os efeitos da legislação penal, a figura do mediador/conciliador e todos aqueles que assessoram no procedimento de mediação, quando do exercício de tal atividade, ao servidor público^[17]

6. Conclusão

É inegável a importância dos meios alternativos de solução dos conflitos, que encontraram na morosidade do sistema judicial e na volatilidade de sociedades que evoluem em velocidade não acompanhada por suas leis, especial atenção dos legisladores, com edição de Leis específicas e rol próprio de princípios.

São tidos como garantidores de uma justiça célere e eficiente, com a promoção de uma solução dialogada e construída pelas partes, o que, à evidência, resulta na verdadeira pacificação social.

O princípio da confidencialidade, até por se opor a publicidade exigida nos processos judiciais, revela-se essencial para esse modelo de justiça negociada e de fato merece atenção do legislador – como bem observado pelos diplomas citados – para permitir ambiente de confiança entre as partes em litígio.

Assim, os diplomas brasileiro e português se preocuparam em delimitar o princípio da confidencialidade, determinando quem são as pessoas atingidas pelo dever de sigilo, alcançando não somente as partes, como seus advogados e todos àqueles que de qualquer forma estejam envolvidos na mediação; suas exceções, como questões de ordem pública, para garantir a execução do acordo, além da proteção de interesses das crianças e adolescentes e integridade física e psíquica de qualquer pessoa. E, finalmente, o sistema de fiscalização e as sanções aplicáveis pela inobservância do princípio da confidencialidade.

Em suma, a confidencialidade, como princípio orientador da mediação, tem como escopo primeiro criar ambiente propício às partes e intervenientes para que de fato sintam que a revelação de conteúdos delicados e sigilosos não vão ser usados em seu prejuízo em um processo jurisdicional futuro, permitindo que as partes em conflito se desarmem na busca de uma solução negociada e que, à evidência, encontra maior probabilidade de ser executada voluntariamente.

Ainda que se possa eventualmente indagar-se se sua abrangência não poderia afetar uma decisão justa pelo judiciário – nos casos em que infrutífera a mediação – tendo em vista que os conteúdos revelados não poderiam ser usados contra as partes e, portanto, o Juiz julgaria alheio a certas provas importantes ou, quiçá determinantes para o deslinde do feito, certo é que suas vantagens se sobrepõe as desvantagens, pois garante ao cidadão

outro meio de solucionar suas controvérsias, mais célere, efetivo, negociado, em respeito a duração razoável do processo.

7.Referências Bibliográficas

ALVES, Helena, **A Resolução Alternativa de Litígios em Portugal: Retrospectiva Histórico-Política**, Revista Luso-Brasileira de Direito Do Consumo, vol. VI, n.22, Junho de 2016 (p.51/64).

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista, **A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos**, Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, ano 3, n.5, janeiro/abril 2014, Belo Horizonte: Editora Fórum.ISSN:22389695.

COELHO, João Miguel Galhardo, **Julgados de Paz e Mediação de Conflitos**, Lisboa: Editora Âncora, 2003, ISBN: 9727801129.

DE ALMEIDA, Daniela Vicente, **O dever de revelação como problema de independência e Imparcialidade dos árbitros**, Editora Almedina. 2018. ISBN:9789724077154.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo, **Manual de Mediação e Arbitragem**, São Paulo: Editora Saraiva, 2019, ISBN: 9788553611683.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios, **Direito Processual Civil Esquematizado**, 5ª Ed. 2015. São Paulo: Editora Saraiva. ISBN: 9788502620179.

GOUVEIA, Mariana França, **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, 3ª Ed. Reimp. Coimbra. Almedina. 2018. ISBN: 9789724055701.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 5ª Ed. 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN: 9788520372685.

8.Legislação

_____LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015: Código de Processo Civil http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23-02-2022.

_____LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015: Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos

no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 23-02-2022.

____ Lei nº 48/1995 Diário da República nº 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/48/1995/p/cons/20190906/pt/html>. Acesso em 23-02-2022.

____ Lei nº 29/2009 Diário da República nº 123/2009, Série I de 2009-06-29 <https://dre.pt/pesquisa/-/search/491936/details/maximized>. Acesso em 25/10/2019.

____ Lei nº 29/2013 Diário da República nº 77/2013, Série I de 2013-04-19 <https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized>. Acesso em 25/10/2019.

____ Lei nº 41/2013 Diário da República nº 121/2013, Série I de 2013-06-26 <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=c%C3%B3digo+processo+civil>. Acesso em 23-02-2022.

____ Lei nº 78/2001 Diário da República nº 161/2001, Série I-A de 2001-07-13 <https://dre.pt/pesquisa/-/search/388220/details/maximized>. Acesso em 23-02-2022.

____ Resolução CNJ Nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 23-02-2022.

____ DIRETIVA 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008. Dispõe sobre certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>. Acesso em 23-02-2022.

NOTAS:

[1] Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 23-02-2022.

[2] Lei nº 78/2001, de 13 de julho versão desatualizada, disponível pelo link http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=724&artigonum=724A0052&n_versao=1&so_miolo=. Acesso em: 23-02-2022.

[3] Os artigos 249A, 249B e 249C que previa expressamente a confidencialidade.

[4] Art. 2º, item a) mediação: a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo de assistência de um mediador de conflitos;

[5] Art. 5º

1 - O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

2 - As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.

3 - O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

4 - Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem.

[6] ALVES, Helena, A Resolução Alternativa de Litígios em Portugal: Retrospectiva Histórico-Política, Revista Luso-Brasileira de Direito Do Consumo, vol. VI, n.22, Junho de 2016. p.61.

[7] Disponível em : http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf. Acesso em: 23-02-2022.

[8] Essa promoção, sempre que possível, pela solução consensual de conflitos já vem prevista no art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015, revelando a intenção do legislador de que tais meios alternativos devem ser estimulados pelos operadores do direito, membros do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, pois as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução de seus litígios (§4º), rompendo o antigo paradigma que revelou-se ineficiente frente a litigiosidade crescente de uma população cada vez mais exigente e ciente de seus direitos.

[9] Art.165, §§ 2º e 3º do Código Processual Civil Brasileiro

[10] Dispõe a Lei 13.140/2015 em seu art. 1º, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem o poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver solução consensuais para controvérsia”.

[11] DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo, Manual de Mediação e Arbitragem, Ed. Saraiva, 2019. p. 38.

[12] Art. 9º da Lei 13.140/2015. A propósito conferir o enunciado CJF n. 47: “A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito”.

[13] Artigo 18º da Lei 29/2013: imposição legal ao dever de confidencialidade a todos intervenientes do procedimento (item 3).

[14] DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo, Manual de Mediação e Arbitragem, Ed. Saraiva, 2019. p. 164.

[15] A Diretiva Europeia também não ignorou a possibilidade das informações decorrentes da mediação, tendo em vista a peculiaridade de certas situações, serem reveladas, e trouxe como exceções a confidencialidade nos itens a) e b) do número 1 do artigo 7º, as razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro, em especial para assegurar o proteção do interesse das crianças ou evitar que sejam lesadas as integridades física e psíquica de uma pessoa e caso a divulgação do conteúdo obtido na mediação seja necessária para execução do acordo – exceções que foram reproduzidas pelo Direito Português.

[16] Artigo 195º. Violação de Segredo. Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

[17] Artigo 8º da Lei 13.140/2015. Ao fazer essa equiparação, ainda que a lei não traga sanções específicas ao mediador e conciliador, certo é que o responsabiliza de forma mais gravosa, isto porque a legislação penal brasileira tem capítulo específico com a tipificação de condutas que somente podem ser praticados por servidor público, vale dizer, exigem condição especial do sujeito ativo do delito.

DA (DES)NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA

PAULO FIGUEIREDO FONSECA LIMA:

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).¹⁰

Resumo – A denúncia é a peça inicial que dá início ao procedimento para a instauração do processo penal. Sem a denúncia não há processo criminal, à luz do princípio do promotor natural e do devido processo legal. Cabe ao judiciário verificar se os elementos mínimos necessários da peça de acusação estão nela presentes, autorizando com isso o prosseguimento do feito. As consequências do recebimento da denúncia dão origem a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre sua natureza e alcance da necessidade e profundidade de sua fundamentação.

Palavras-chave – Direito Processual Pena. Denúncia. Fundamentação. Direito fundamental ao devido processo legal. Teoria Geral do Processo. Denúncia. Decisão. Despacho. Natureza jurídica.

Sumário – Introdução. 1. Teoria Geral do Processo Penal e lide penal. 2. Da rejeição da denúncia. 2.1. Do momento de recebimento da denúncia. 2.2. Hipóteses de rejeição da denúncia. 2.2.1. Inépcia da inicial acusatória. 2.2.2. Falta dos pressupostos processuais e condições da ação. 2.2.3 Ausência de justa causa. 3. Do recebimento da denúncia. 3.1 Da necessidade de fundamentação do recebimento da denúncia. 3.2 Da profundidade da fundamentação do recebimento da denúncia. 3.3. Da novidade incluída pela Lei 13.964/19 no bojo da Lei 12.850/13. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende esclarecer a existência de divergência acerca da necessidade de fundamentação do recebimento da inicial acusatória, as razões dessa divergência e o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Não pretende encerrar a divergência, mas apenas expor as correntes existentes e eventuais consequências de sua adoção, em especial no que toca a anulação do processo e a interrupção da prescrição.

¹⁰ E-mail: pauloadvlima@hotmail.com

Para tanto, apoia-se a pesquisa em informações doutrinárias e jurisprudenciais, construídas à luz do contraditório e da ampla defesa, enfrentando o assunto pelo método hipotético-dedutivo.

1 TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL E LIDE PENAL

Em que pese a resistência de parte da doutrina^[1] em falar em uma teoria geral do processo, é inegável a existência de princípios e origens comuns ao processo civil e ao processo penal, pois tanto a tutela da liberdade quanto a da propriedade estão asseguradas pelo devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), conforme destaca o Professor Nicolitt.^[2]

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:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;^[3]

Importante abandonar a noção de lide dada por Carnelutti (lide como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) como diferenciador entre o processo civil e o processo penal, especialmente porque, no dizer da doutrina, ela é um elemento não essencial (acidental) a ambos os ramos processuais.

O elemento diferencial repousa na pretensão, essencial ao processo. A pretensão penal será sempre punitiva ou de liberdade. Parcela da doutrina fala em pretensão acusatória.

Destaca o professor Afrânio Silva^[4] que o processo tem por objetivo a satisfação da pretensão. Desse modo, a jurisdição penal não tem a finalidade de recompor o direito subjetivo da vítima violado pelo crime. Na verdade, o Estado reage, no processo, através de uma pretensão punitiva visando recompor a ordem jurídica desrespeitada pela prática da infração penal.

Os estudos quanto à natureza jurídica do processo ganharam impulso a partir da obra de Oskar Von Bullow (Teoria dos Pressupostos Processuais em 1868) que concebia o processo como relação jurídica, passando por visões como a de Afrânio que o considera uma categoria autônoma, até concepções como a de Nicolitt que o enquadra como garantia fundamental (art. 5º, LIV, da CF) ou de a Elio Fazzalari que vê o processo como um procedimento realizado em contraditório.

Nota-se, portanto, que se a própria natureza do processo mostrou-se mutável ao longo da história e de seu estudo, de modo que também é mutável a natureza jurídica de seus institutos.

1.1 PROCESSO PENAL E PROCEDIMENTO

Processo penal é um procedimento realizado em contraditório, animado por uma relação jurídica e que visa à satisfação de uma pretensão penal.

Já o procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo. É a manifestação exterior deste. A noção de procedimento é basicamente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem e que objetivam um provimento final.^[5]

Destaca a doutrina que o procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo. O processo desenvolve verdadeira relação entre as partes, ao passo que procedimento é apenas a relação entre os atos ocorridos no curso do processo.

Ainda, continua a doutrina, procedimento é o itinerário que deve ser desenvolvido para que, ao final, possa ser exercida a pretensão penal punitiva, sem o qual esta não restará legítima. Percebe-se portanto que procedimento decorre logicamente do comando constitucional do devido processo legal.

2 DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

O artigo 395 do Código de Processo Penal trata das hipóteses em que ocorrerá a rejeição da inicial acusatória.^[6]

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I – for manifestamente inepta (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado) Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Com a esperada alteração legislativa de 2008, ocorre não apenas um deslocamento da norma de capítulo específico denominado “Ação Penal”, mas também maior especificação dos termos do referido artigo: (i) utilização da terminologia “inépcia da inicial”; e (ii) a consagração da ausência de “justa causa” como causa de rejeição.

No que toca o rol de testemunhas, é entendimento majoritário que esse elemento, na denúncia, é opcional e de acordo com o acervo probatório disponível e suficiente para a formação da opinião delitiva do membro do Ministério Público.

No número máximo de 8 testemunhas devem ser abstraídas as não compromissadas, o ofendido e os peritos. Em relação à acusação, o número relaciona-se com a quantidade de fatos criminosos imputados. Para quem admite a denúncia alternativa, também haveria fatos múltiplos, admitindo-se 8 testemunhas em relação a cada fato. Para Afrânio^[7], a denúncia alternativa não viola a ampla defesa, mas a concretiza, na medida em que se há dúvidas se o agente cometeu um ou outro crime, a coisa julgada ao final acobertará ambos.

No que toca as condições da ação é assente na doutrina que a remoção da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação civil não afeta a teoria do direito processual penal, permanecendo nessa seara, como condições da ação: (i) a legitimidade da parte, ativa e passiva; (ii) o interesse jurídico, não apenas econômico ou sentimental; e (iii) a possibilidade jurídica do pedido, sendo pedido impossível, por exemplo, a aplicação da pena de morte.

2.1 DO MOMENTO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

A Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 399 do CPP, o que gerou certa dúvida quanto ao momento do recebimento da denúncia.

Parte da doutrina sustenta que o momento adequado para o recebimento é o do art. 399 do CPP numa interpretação prospectiva, comprometida com o projeto constitucional de efetivar a ampla defesa e o contraditório, com reflexos no marco interruptivo da prescrição.

Deve-se permitir ao acusado influir na decisão de recebimento ou não da denúncia, seguindo-se logo em seguida a verificação do art. 397 do CPP.

Outro segmento defende que o momento correto é o art. 396 do CPP, ou seja, tão logo seja remetida ao juiz a denúncia ou queixa, deve ele avaliar se receberá ou rejeitará a denúncia, citando o réu para oferecer resposta à acusação caso a receba.

Para esta corrente, é indevida a referência feita pelo art. 399, pois a demanda já teria sido admitida, inclusive diante do teor do art. 363 do CPP.^[8]

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

De acordo com parcela significativa da doutrina, após a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código Penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 da Lei Processual Penal.

Sugere ainda, Afrânio Silva Jardim^[9], que se faça uma interpretação conforme do art. 396 do CPP de modo a se ler “notificação” no lugar de citação, incluindo um contraditório prévio ao recebimento/rejeição da denúncia/queixa; e uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 399 do CPP (“recebê-la-á”), para melhor conformação com o modelo constitucional que tem o contraditório e o direito de defesa como bases fundantes.

2.2 HIPÓTESES DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

2.2.1 INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA

Inépcia da inicial nada mais é do que aquela exordial que deixa de cumprir os requisitos mínimos dispostos no artigo 41 da Lei Processual Penal, enumerados da seguinte forma: (i) exposição do fato criminoso e suas circunstâncias; (ii) qualificação do acusado ou esclarecimentos que permitem a sua identificação; (iii) classificação do crime; e (iv) quando necessário, rol de testemunhas.

Vale ressaltar que é posição pacífica que a denúncia genérica, sem limitar os fatos ou acusados, não permite o exercício do contraditório e ampla defesa em sua integralidade. De acordo com arestos dos tribunais superiores, tal espécie de denúncia é afrontosa ao estado democrático de direito e outra não poderia ser a conclusão desses tribunais.^[10]

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA INEPTA.

I – O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável desde que se comprove, inequivocamente, hipóteses, v.g., como a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II – A ausência de justa causa só pode ser reconhecida se perceptível de imediato com dispensa ao minucioso cotejo do material cognitivo. Se é discutível a caracterização de eventual ilícito criminal, não há que se trancar a ação penal por ausência de justa causa.

III – A inicial de acusação que, sucinta e genérica, não descreve objetiva e concretamente conduta delitiva e a participação do denunciado é formalmente inepta, dada a inobservância do disposto no art. 41 do CPP. Recurso parcialmente provido para anular o processo a partir da denúncia, inclusive.

Predomina na jurisprudência, contudo, o entendimento de que, em situações excepcionais, diante da gravidade e complexidade objetiva (concurso de crimes) ou subjetiva (concurso de agentes) dos fatos, deve-se admitir a denúncia geral, que não individualize plenamente a conduta de cada agente, desde que não inviabilize a defesa.

Essa compreensão que autoriza a denúncia geral não significa que a sentença condenatória possa ser igualmente geral. Apenas o ato de imputação dos fatos, para fins de instauração do processo penal, pode ser não individualizado em casos excepcionais. No curso do processo será necessário individualizar especificadamente os atos praticados pelos agentes, para então restar autorizada a condenação.

Ou seja, esclarecem os julgados importante distinção entre denúncia genérica e denúncia geral, a primeira rechaçada por violação a garantias fundamentais e a segunda autorizada em razão da indefinição dos fatos e agentes, sem possibilidade, no momento de oferecimento da exordial, de definir a conduta individualizada de cada um.

Consideram ainda os tribunais ser inepta a denúncia alternativa, na medida em que ela impossibilita a plenitude da defesa, devendo o *parquet* fazer a opção pela classificação do crime antes do oferecimento da denúncia, procedendo a outras diligências caso necessário via investigação preliminar. A impossibilidade de denúncia alternativa não significa vedação à adequação típica realizada pelo magistrado por meio do instituto da *emendatio libelli*.^[11]

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o

juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2o Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

2.2.2 FALTA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO

Pressupostos processuais é expressão em que estão incluídos: (i) de existência: necessários para o nascimento da relação processual; e (ii) de validade: necessários para o regular desenvolvimento do processo.

É criticável a postura do legislador na medida em que a falta de pressuposto processual não leva sempre à rejeição da inicial.

Condições da ação são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

2.2.3 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

A justa causa consiste num lastro probatório mínimo sobre a existência material e a autoria de um fato criminoso e de todas as circunstâncias, ou seja, é a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria.

Vale ressaltar que a justa causa é conceito que se espraia por todo o direito processuais penal, devendo ser considerado quando da concessão de requerimento de medida cautelar pessoal (p. ex. prisão preventiva) ou real (p. ex. na concessão de pedido de sequestro).

O CPP elenca a justa causa como um requisito a parte para rejeição da inicial, razão pela qual a doutrina majoritária entende que não é condição da ação.

3 DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

O recebimento da denúncia é questão extremamente debatida na doutrina e jurisprudência. Não apenas a necessidade de fundamentação, objeto deste artigo, como inclusive seu momento. Adiante, analisaremos de forma separada os argumentos favoráveis e contrários à necessidade de fundamentação e a profundidade (espécie de cognição) exigida nessa fundamentação.

3.1 DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Como referido, há divergência acerca da necessidade e da profundidade da fundamentação da decisão ou despacho (a depender da corrente adotada) de recebimento da denúncia.

Por ora, ater-nos-emos a necessidade de fundamentação.

A necessidade de fundamentação de uma decisão judicial decorre tanto da CR/88, de forma expressa, como da própria lógica do sistema democrático e da necessidade de justificação de decisões sem representatividade indireta. Cabe ao judiciário fundamentar suas decisões como poder, conferindo legitimidade às suas decisões e permitindo, com isso, o convencimento das partes e suas insurreições por vias próprias (recursos, ações autônomas e sucedâneos recursais).

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Importante ressaltar que a CR/88 cita que as “decisões” serão fundamentadas. Por isso, historicamente, dispensa-se a fundamentação de despachos, em especial aqueles ordinatórios de mero prosseguimento do feito.

Nesse sentido, importante questionar a natureza jurídica da decisão/despacho de recebimento da denúncia.

Fato é que todo aquele provimento judicial que produz efeitos na esfera jurídica de alguém deve ser encarado, a princípio, como decisão. Sendo o recebimento da denúncia ato judicial capaz de afastar o corrimento da prescrição da pretensão punitiva, parcela considerável da doutrina compreende tal ato como verdadeira decisão judicial.^[12]

Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

Por essas razões, a doutrina aparentemente majoritária se posiciona pela natureza jurídica do ato como verdadeira decisão.^[13]

Porém, deve-se ressaltar corrente em sentido contrário, amparada na ausência de efeitos internos do despacho que recebe a denúncia, sendo a interrupção da prescrição efeito externo, não próprio do conteúdo do despacho.

O CPC, inclusive, possui posição semelhante no que toca a natureza jurídica do ato, determinando tratar-se de despacho o ato que ordena a citação e interrompe a prescrição, dando a entender que a interrupção da prescrição como efeito do ato não é suficiente para classificá-lo como decisão judicial.

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

Fato é que a jurisprudência, historicamente, dispensava a fundamentação no ato de recebimento da denúncia. Porém, atualmente, surge como tendência a necessidade de fundamentação adequada ao ato e ao momento, em especial à luz dos argumentos trazidos pela defesa.^[14]

2. A decisão de recebimento da denúncia possui natureza interlocutória, prescindindo de fundamentação complexa (Precedentes).

3. Caso em que o julgador, nem mesmo de forma concisa, ressaltou a presença dos requisitos viabilizadores da ação penal. Deixou de verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, tampouco tratou da existência de justa causa para o exercício da ação penal, limitando-se a cuidar da presença dos pressupostos intrínsecos à peça processual, nestes termos: "Recebo a denúncia, pois a peça acusatória preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP". (RHC 59759 STJ)

Mesmo na clássica decisão do Supremo Tribunal Federal quando da solução do HC 70.763 o Ministro Celso de Melo sentiu por bem consignar em seu voto que: "De qualquer maneira, e mesmo tendo presente a jurisprudência desta Suprema Corte que tem ressaltado a desnecessidade de motivação para o ato de recebimento da denúncia, é

relevante observar que, na espécie, houve, efetivamente, manifestação fundamentada quando da prolação do ato judicial em questão.”

Logo, resta claro que a questão não é pacífica, sendo, contudo, mais prudente do ponto de vista processual que o recebimento da denúncia seja razoavelmente fundamentado, à luz do caso concreto.

3.2 DA PROFUNDIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

A fundamentação é conteúdo integrante da própria decisão judicial, conforme art. 489 do CPC[15] e art. 381 do CPP:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

Art. 381. A sentença conterá:

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

O processo, contudo, admite mais de uma espécie de fundamentação. Nesse sentido, a doutrina classifica a fundamentação em sumária e exauriente.[16]

Cognição exauriente é aquela realizada após todas as fases ordinárias do processo: postulatória; instrutória; e finalmente decisória. No processo penal a cognição exauriente resulta em condenação ou absolvição, ou eventualmente nulidade já que a aplicação da teoria da asserção na cognição exauriente no processo penal não possui os mesmos efeitos do processo civil. Nesse sentido, a ilegitimidade da parte acusatória reconhecida ao final do processo penal não gera absolvição, mas nulidade do processo, por exemplo.

Já cognição sumária é aquela decorrente de juízo sobre fatos ainda em análise, típica de decisões cautelares e antecipadas, de urgências ou de evidência. No processo penal o maior e mais comum exemplo de cognição sumária é justamente o recebimento da denúncia. Dessa forma, para que a denúncia seja recebida basta a aparência de regularidade da exordial, com todos os elementos exigidos pelo artigo 41 do CPP, narrados de forma lógica e fundamentada, apta a autorizar a instauração de persecução criminal.

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou

esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Atualmente a jurisprudência se posiciona nesse sentido: a decisão que recebe a inicial acusatória é decisão interlocutória mista e, por isso, exige fundamentação, sendo esta pautada em cognição sumária.

Não cabe ao juiz, salvo hipóteses de absolvição sumária, realizar juízo típico de cognição exauriente e absolver ou condenar o acusado no momento inicial do processo, independentemente das divergências sobre o momento do recebimento da denúncia.

3.3 DA NOVIDADE INCLUÍDA PELA LEI 13.964/19 NO BOJO DA LEI 12.850/13

Atualmente diz a Lei 12.850/13^[17] que o recebimento da denúncia não pode ser fundamentado apenas nas declarações do colaborador.

Art. 4º - § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

II – recebimento de denúncia ou queixa-crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Podem ser extraídas duas normas desse único dispositivo^[18] (conceito integralmente aceito, já que norma e dispositivo são elementos distintos).

A primeira é que o recebimento da denúncia deve ser fundamentado, ao menos no que toca os crimes praticados por organizações criminosas e o próprio crime de organização criminosa.

A segunda é que as declarações do colaborador são servem, exclusivamente, como fundamento do recebimento da denúncia.

Parece, portanto, que o legislador se aproxima do modelo mais recente da jurisprudência, ao considerar o recebimento da denúncia como um ato a ser fundamentado, sem, contudo, determinar expressamente a necessidade de juízo exauriente, apenas afastando a fundamentação exclusiva em caso de colaboração premiada (e do contrário não poderia ser).

Tal desdobramento, contudo, ainda não foi suficientemente abordado pela jurisprudência dos tribunais superiores.

CONCLUSÃO

Longe de pretender encerrar a acirrada discussão acerca da fundamentação da decisão que recebe a denúncia, pretendeu o presente trabalho traçar os atuais parâmetros das posições doutrinárias e jurisprudenciais. Restou claro, portanto, que o tema é sensível e supera o mero tecnicismo. Possui relevância prática em razão dos efeitos materiais do recebimento da denúncia.

Caso decida-se pela absoluta necessidade e profunda fundamentação da denúncia o despacho de cite-se no processo penal é nulo e não interromperá a prescrição, sendo sua relevância ululante.

Lado outro, tomando por base a atual jurisprudência e majoritária doutrina, deve o magistrado fundamentar suficientemente a decisão e pautado nas razões da defesa caso já as possua. Tal fundamentação, contudo, obedecerá a regra da cognição sumária não exauriente, ou seja, dispensa profundidade acerca de todos os elementos da denúncia, já que não é nesse momento realizado juízo condenatório e apenas excepcionalmente pode ser o acusado absolvido antes do processamento do feito.

Por fim, há a possibilidade de compreender o ato como mero despacho ordinatório, posição atualmente superada, mas que ainda encontra fundamento em parcela minoritária da doutrina.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei n° 2.848/40. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Lei nº 13.105/15. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Lei nº 12.850/13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 59.579/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501184031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12.663/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200441973&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASILEIRO, Renato. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013

CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual de Direito Processual Civil. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2022

DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32 ed. Bahia: Juspoivm, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2 ed. São Paulo: RT, 2013

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 9 ed. Minas Gerais: D'Plácido, 2019

NOTAS:

- [1] JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18 ed. São Paulo Saraiva
- [2] NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 9 ed. Minas Gerais: D'Plácido, 2019
- [3] BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.
- [4] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018
- [5] DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32 ed. Bahia: Juspoivm, 2020.
- [6] _____. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.
- [7] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018
- [8] _____. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.
- [9] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018
- [10] _____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12.663/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200441973&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.
- [11] _____. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.
- [12] _____. Decreto-Lei n° 2.848/40. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.
- [13] BRASILEIRO, Renato. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013

[14] _____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 59.579/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501184031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

[15] _____. Lei nº 13.105/15. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

[16] CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual de Direito Processual Civil. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2022

[17] _____. Lei nº 12.850/13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

[18] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO E REGULAMENTAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA O RESPEITO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE

HILBERTH SOUSA DE OLIVEIRA:

Bacharelado em Direito pela Universidade
Nilton Lins¹¹.

BRENDA REIS DOS ANJOS¹¹

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho propõe uma apresentação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro e a sua importância para o respeito da autonomia do paciente. Diferente dos outros tipos de testamentos já regulados no Código Civil, este, é garantidor da livre vontade de escolha do indivíduo que encontra-se com uma doença terminal ou incapacitado de manifestar a sua vontade quanto aos tratamentos médicos que deseja receber ou não, pois é sabido que com o avanço da medicina, é possível um prolongamento de vida de forma artificial utilizando aparelhos e remédios inibidores de dor, devendo ser diferenciado também os conceitos das práticas de eutanásia, ortotanásia e distanásia, e ser abordado os princípios norteadores do biodireito, e o da dignidade da pessoa humana, princípio chave para um Estado Democrático de Direito, e regulado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Objeto de estudo se faz presente análises bibliográficas e doutrinadores que já abordaram o assunto, jurisprudências e legislações estrangeiras. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo devido à grande importância do testamento vital para evitar o prolongamento da vida de forma desnecessária, dando ênfase à vontade do paciente para que assim abrace a uma morte natural.

Palavras-chave: Testamento vital. Autonomia da vontade. Diretivas antecipadas de vontade. Autonomia privada

ABSTRACT: The present work propose a presentation of the living will in the Brazilian legal system and its importance for the respect of the patient's autonomy, different of others types of wills already regulated in the Civil Code, this one is guarantor of the free will to choose the individual who meets if you have a terminal illness or are unable to express your will as to the medical treatments you wish to receive or not, as it is known that with the advancement of medicine, it is possible to artificially extend life using pain-inhibiting devices and remedies, the concepts of euthanasia, orthothanasia and dysthanasia should also be differentiated, and the guiding principles of biolaw and the dignity of the human

¹¹ E-mail: hilberth11@gmail.com

person, the key principle for a Democratic State of Law, and regulated in the Brazilian Federal Constitution of 1988. Object of study, bibliographical and scholarly analyzes that have already addressed the subject are present, jurisprudences and foreign legislation. The approach method is the hypothetical-deductive one, due to the great importance of the living will to avoid the unnecessary extension of life, emphasizing the patient's will to embrace a natural death.

Keywords: Living will. Autonomy of will. Advance directives of will. Private autonomy

1.INTRODUÇÃO

Com o passar das décadas, vemos a medicina evoluir extraordinariamente com o principal objetivo: a busca pela cura e o fim das doenças terminais, a dificuldade de aceitar a morte é algo cada vez constante na sociedade, e isso reflete principalmente em pacientes já em estado irreversível, onde na maioria das vezes impossibilitado de manifestar a sua vontade, fica a mercê de sua família, que por sua vez submete o paciente a vários tipos de tratamentos com esperança de cura.

E com isso, aos poucos as diretrizes antecipadas de última vontade vêm ganhando um papel importante, onde nelas pode o paciente dispor previamente sobre quais tratamentos deseja se submeter ou não caso venha ficar incapacitado, e o testamento vital é uma das espécies desse gênero, e não só ele, mas como juntamente outros como o mandato duradouro e o *durable power of attorney for health care*.

No segundo capítulo estarão abordados os princípios norteadores da bioética que orientam os comportamentos humanos tanto dos pacientes, quanto dos profissionais da saúde, sendo logo em seguida tratado cada princípio com seu conceito/significado e sua importância, sendo apresentado a diferença entre ortotanásia, distanásia e eutanásia que não pode ser confundido, visto que, o testamento vital está atrelado à prática da ortotanásia.

No terceiro capítulo estão as reflexões do biodireito quanto a tomada de decisões do paciente, apresentando o nascimento das legislações que dão direito ao paciente nas suas tomadas de decisões quanto a tratamentos médicos, possibilitando assim o surgimento da resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, pois até então era completamente inexistente na lei brasileira abordando diretivas antecipadas, a resolução foi clara em estabelecer também que deve haver uma relevância na autonomia do paciente em sua relação com médico de modo que com a evolução da ciência e medicina, os novos recursos tecnológicos permitem um prolongamento de vida desproporcional e medidas desnecessárias que podem vir a aumentar o sofrimento do paciente, sendo o testamento vital crucial para que esses tipos de situações não sejam

mais contínuas, pois é uma forma de garantir a autonomia do paciente, e de um dos princípios base da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana localizado no artigo 1 inciso III, e implicitamente no artigo 5.

No quarto capítulo será exposto os efeitos do testamento vital no ordenamento jurídico no âmbito internacional de forma comparada, em países como Estados Unidos, e em especial Portugal, mencionando as devidas legislações portuguesa e como se dá a sua organização, que pelo Registro Nacional das Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev), que é responsável pelos armazenamentos e atualizações das diretrizes.

E por fim no quinto capítulo uma ideia da autodeterminação do indivíduo para a sua validade das diretrizes antecipadas de vontade, pois o exercício dessa autodeterminação dá um espaço de liberdade no âmbito social, onde tramita a intimidade e a vida privada, sendo reconhecido no direito a liberdade à vida privada.

Com isso pretende-se demonstrar a importância do instituto ser reconhecido e regulamentado, dando ênfase à liberdade do paciente de decidir sobre seu futuro tratamento médico sem interferência estatal, e caso futuramente fique em estado que não possa exprimir seu pleno discernimento, assim, abraçando a morte de uma forma natural, sendo de suma importância também, analisar os princípios da bioética que são importantes para as necessidades individuais de cada um, como parâmetros de investigações, pesquisas.

2.DOS PRINCIPIOS DA BIOÉTICA EM FACE AO DIREITO DE MORRER

Com os avanços biotecnológicos com o passar dos séculos, verifica-se que está sendo possível fazer procedimentos que no passado seria inimagináveis, como questões de inseminação artificial, transplante de órgãos, clonagens e controle da dor e prolongamento da vida (SÁ E OLIVEIRA, 2021, 961), tudo isso só foi possível com a evolução científica e estudos avançados na área médica, o termo bioética foi usado pela primeira vez por Van Rensselder Potter, em seu livro *bioethics: bridge to the future*, publicado em 1971, para ele a bioética seria responsável por proporcionar uma melhor qualidade de vida para o ser humano, permitindo sua participação na evolução biológica (CLOTET, 2009, p.3).

A bioética pautou-se em quatro princípios básicos, sendo dois deles deontológico (não maleficência e justiça) e teleológico (beneficência e autonomia), princípios norteadores na área da bioética responsáveis para orientar comportamentos humanos nas ciências e biomedicina (DINIZ, 2017, p.38), tais princípios são importantes de serem entendidos, pois racionalizam valores e as necessidades individuais de cada indivíduo.

Sob esta perspectiva, os princípios supracitados estão relacionados com a prática de eutanásia, distanásia e ortotanásia, esta última por sua vez, garante o direito de morrer de forma correta, aceitando a morte de uma forma natural. O termo ortotanásia significa “morte correta”, não prolongando o processo de morte artificialmente (SANTORI, 2010, p. 33-34), segundo Goldim a melhor maneira de definir a ortotanásia, seria a inutilidade de certos tratamentos “reconhecer que alguns tratamentos são inúteis, sem benefício para o paciente, e que podem ser não iniciados ou retirados” (GOLDIM, 2010, p.30).

Os Princípios da Bioética/Biodireito

Como exposto anteriormente, na década de 70 foram pautados quatro princípios que foram importantes para a caminhada da humanidade encontrados no Belmont Report, em 1978, pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research (Comissão Nacional para Proteção de Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental) (DINIZ, 2017, p.39).

O primeiro a ser compreendido é o princípio da autonomia onde para Dadalto, afirma ser importante em um Estado Democrático de direito, e que a Constituição Federal deixou claro nos direitos fundamentais, pois cada indivíduo escolhe o melhor viés para si por meio dessa autonomia:

No âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo como que entende ser melhor para si, principalmente no que tange as decisões referentes a si mesma, ao seu corpo, a sua individualidade, desde que sua ação seja responsável, que tenha plenas informações sobre os efeitos dos seus atos (DADALTO, 2015, s.p)

Este princípio na bioética requer que o paciente tenha total domínio sobre a sua própria vida, e que os profissionais de saúde respeitem a sua decisão, não se intrometendo em suas decisões, como é o caso de decidir se gostaria de proceder com determinado tratamento ou não (DINIZ, 2017, p.40), aqui observa-se a exigência do consentimento livre e informado (CFM, arts. 22, 34, 44 e 101).

O segundo princípio é o da beneficência, esse princípio é baseado no sentido que o profissional da saúde, mais especificamente o médico, “Só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, nunca para fazer o mal ou praticar injustiça” (IBIDEM), no entanto deve ele prestar auxílio médico, utilizando tratamentos apenas em benefício ao paciente, sua conduta deve ter como objetivo ajudar ou salvar o paciente sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente. Este

princípio estimula a levar ao máximo a quantidade de bem ao mundo (FRANKENA, 1981, p.56).

O princípio da não maleficência determina a não causar um dano de forma intencional, na visão de Beauchamp e Childress, esse princípio rege regras como, por exemplo, não matar, não causar dor ou sofrimento, não expor o paciente em uma situação de risco (BEAUCHAM, CHILDRESS, 1994, s.p).

O princípio da justiça, também conhecido como equidade dispõe que todos devem ser tratado igualmente, devendo o profissional da saúde, mais especificamente o médico, atuar com imparcialidade não levando em conta aspectos sociais, culturais, financeiros e etc, devendo os recursos médicos serem equilibrados, para alcançar a melhor eficácia (CREMESP, online).

Assim conforme expôs se bioética deve observar e respeitar tais princípios para que sirvam de parâmetros de mais pesquisas e respeitos as diretrizes.

Os Princípios da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade

Em ordem cronológica, deve-se entender primeiro o conceito do princípio da autonomia da vontade para depois adentrar no mérito do princípio da dignidade humana, pois os dois estão correlacionados entre si.

O princípio da autonomia da vontade vem da época em que o Estado não poderia interferir na esfera individual de cada indivíduo, de modo que contratos de trabalhos, serviços e outros negócios jurídicos se limitavam apenas entre os particulares ali. Assim era entendido que todos eram autônomos e tinham suas próprias capacidades para se autorregular em seus assuntos particulares (DADALTO, 2015, p.8).

Porém, com o advento da primeira guerra mundial e industrializações, juntamente com princípios morais e sociais (inclui-se as 3 gerações dos direitos humanos), esse princípio começou a ser mutado (no sentido de mudança de interpretação) e começou a ser superado pelo princípio da autonomia privada (DADALTO, 2015, p. 8-9).

Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim urna releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos, que conduziram a urna modificação na análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil (FARIA, 2007, p.60-61).

Assim, pode-se entender que o princípio da autonomia da vontade é onde um indivíduo pode realizar determinado ato jurídico, e ele mesmo impor a forma e seus

efeitos, já o da autonomia privada, é onde ele irá poder realizar determinado ato jurídico com o particular, porém com os limites estabelecidos em lei.

A autonomia privada está ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana, que está respaldada no artigo 1, inciso III, da Constituição Federal, onde segundo Farias:

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se as exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades (FARIAS, 2000, p.63).

Para Habermas, a leitura de autonomia privada, e dignidade da pessoa humana, é o sinônimo de autonomia pública x autonomia privada, de modo que, esses dois princípios estão interligados e se complementam, não havendo nenhuma sobreposição de um com o outro (HABERMAS, 2003, p. 113-168), assim, o autor entende que o princípio da autonomia privada consiste na possibilidade de o indivíduo poder tomar suas decisões de forma individual de algo que depende de um reconhecimento intersubjetivo, ou seja, a autonomia privada está ligada ao agir individual e a autonomia pública relaciona-se com ações coordenadas por meio de leis coercitivas, que limitam este agir individual (DADALTO, 2015, p.12).

O direito de morrer: ortotanásia, eutanásia e distanásia

O princípio da dignidade humana é um dos norteadores do testamento vital, de modo que em 2006 o Conselho Federal de Medicina estabeleceu a resolução 1805/2006, que abordou a ortotanásia, onde permite que o médico limite ou suspenda procedimentos ao qual não terá uma vantagem para o paciente, se este estiver em estado terminal, consta no art. 2º da resolução 1805/2006 CFM "O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurados a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar" em outras palavras como mencionado acima, descreve um tratamento paliativo (CFM, 2006, s.p)

Este procedimento não deve ser confundido com eutanásia ou distanásia, que são completamente antônimos, a eutanásia esta dividida em passiva e ativa, a passiva é sinônimo de ortotanásia, já a ativa, "eutanásia ativa: ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários como no caso da utilização de uma injeção letal e eutanásia passiva, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivida" (BATISTA e SCHRAMM, 2004,

p. 34), ou seja, antecipação voluntária da morte, tal prática é proibida no Brasil, se qualificando como homicídio privilegiado disposto no §1º, do art. 121 Código Penal (BRASIL, 1940, online).

Já a distanásia é expor uma pessoa a um processo de morte de forma lenta e sofrida, de modo que ela venha sobreviver somente de modo artificial por meio de recursos técnicos e médicos avançados, e não se preocupando com a dor do ser humano, seus desejos etc. Além disso, é um ato incivilizado que ofende a dignidade humana, pois demonstra uma falta de compaixão pelo paciente e sua família, esta que também tem seu sofrimento prolongado (PALMER, 2002, p. 57). “Embora aconteça com pouca frequência, alguns profissionais empregam procedimentos médico-hospitalares de alto custo, mesmo à revelia da vontade do paciente, para tentar inutilmente mantê-lo vivo, com a intenção de obter ganhos financeiros” (VILLAS - BÓAS, 2008, p.61-83).

Por fim, a ortotanásia, que etimologicamente significa morte correta, ou por hora certa, o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural “Na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, que consiste na morte encefálica, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural” (BORGES, 2001, P.287). Diante da possibilidade de ter uma morte natural, que foi regulamentado a resolução 1805/2006 do Conselho Federal de medicina que foi elaborada por influência do princípio da dignidade da pessoa humana:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (RESOLUÇÃO 1805/2006, CFM, s.p).

Em outras palavras, é a limitação ou suspensão dos esforços médicos que estão prolongando a vida do paciente com uma doença em estado terminal. Um processo encarado como biologicamente natural que tem o objetivo de morte no tempo certo, a ortotanásia apresenta-se como a melhor forma ou mais “ponderada”, não prolonga e nem antecipa o processo de morte. Quando o paciente não conseguir mais se recuperar opta-se pela abstenção. “Pode-se afirmar que a ortotanásia é mais do que uma simples atitude médico- hospitalar, é um ideal pelo qual tanto o direito quanto a medicina devem lutar” (MABTUM e MARCHETO, 2015 p.71). Dessa forma é evidente afirmar que o médico não deve de forma alguma prolongar o sofrimento do paciente se aquele tratamento for considerado fútil e não trazer nenhum benefício ao paciente.

3– REFLEXÕES DO BIODIREITO QUANTO À AUTONOMIA DO PACIENTE EM SUAS TOMADAS DE DECISÕES NOS TRATAMENTOS MÉDICOS

Historicamente a bioética sempre foi ligada em pesquisas, direitos dos pacientes, ou informações sobre práticas que os pacientes poderiam vir a ser submetidos, sempre se preocupando em resguardar os direitos do paciente, e entre eles destaca-se o direito a informação de riscos ou benefícios de tratamentos que o paciente possa aceitar ou recusar um procedimento, historicamente algum desses direitos encontra-se reconhecidos no código de Nuremberg, são eles, autonomia, consentimento livre e esclarecido (MABTUM, MARCHETTO, 2015, s.p).

Com o passar do tempo tais direitos foram fortalecidos ainda mais, a contar principalmente da autonomia do paciente

Com o fortalecimento da autonomia do paciente, passou-se a analisar a autodeterminação do indivíduo, que consiste na sua adesão ou recusa antecipada a determinados tratamentos. Essa ideia surgiu nos Estados Unidos, no ano de 1967, quando a Sociedade Humana para Eutanásia discutiu a possibilidade de um termo de consentimento prévio, denominado “living will” (testamento vital) (Mabtum, Marchetto, 2015, s.p)

Louis Kutner foi o principal defensor do instituto do testamento vital, em 1967, e nesse documento descrevia condutas que o paciente poderia vir aceitar ou recusar futuramente caso venha a ficar com enfermidade terminal, doença incurável ou irreversível, e com isso foi nasceu as diretivas antecipadas de vontade, devendo sempre levar em consideração o conhecimento do paciente para receber informação sobre o tratamento a dispor (MELO, 2018, p.3).

Em 2009 o Ministério da Saúde editou a portaria 1.820/2009 que foi importante para o conhecimento do paciente em receber informações sobre tratamentos a qual pode ser submetido

Art. 3º Toda pessoa tem direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde. Parágrafo único. É direito da pessoa ter atendimento adequado, com qualidade, no tempo certo e com garantia de continuidade do tratamento, para isso deve ser assegurado: I - atendimento ágil, com tecnologia apropriada, por equipe multiprofissional capacitada e com condições adequadas de atendimento; II -

informações sobre o seu estado de saúde, de maneira clara, objetiva, respeitosa (Ministério da Saúde, 2009, online)

Com isso, possibilitou no mesmo ano que o Conselho Federal de Medicina, criasse a resolução 1.931/2009, essa resolução foi responsável por criar o código de ética, onde considerou como infração a prática de distanásia, bem como a prática de eutanásia, aconselhando, no entanto a prática da ortotanásia, e assim oferecendo cuidados paliativos para aliviar o sofrimento (MABTUM, MARCHETTO, 2015, s.p)

Um tratamento paliativo é a prevenção e alívio de um sofrimento físico, mental, espiritual sem a intenção de cura, elas procuram diminuir os efeitos negativos da doença sobre o paciente (INCA, 2001,s.p). O tratamento paliativo é o oposto dos tratamentos extraordinários, estes por sua vez, são aqueles que prolongam a vida e o sofrimento do paciente sem trazer benefícios e tais medidas poderiam ter sido recusadas pelo paciente, posto que "ainda que em estado terminal o paciente deve ser respeitado como ser humano autônomo, ou seja, sua vontade, mesmo que prévia, deve ser considerada" (DADALTO, 2009, P. 527).

Enquanto isso aos poucos em alguns países, já estava sendo regulamentadas as diretivas antecipadas, como na Espanha, Estados Unidos, Uruguai, e demais países europeus, no Brasil houve a tentativa por meio da resolução 1.995/2012, que reconheceu a importância da existência das diretivas antecipadas (BRASIL, 2012, online)

4 – DO TESTAMENTO VITAL E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO: PONDERAÇÕES COMPARATIVAS ENTRE O DIREITO ESTRANGEIRO E O NACIONAL

Historicamente, foi nos EUA que as DAVS surgiram, em de 1967, e logo receberam a denominação de living will, a origem está ligada à Sociedade Americana para Eutanásia que teve a ideia de criar um documento onde a pessoa pudesse expressar seus desejos e cuidados médicos futuros e de aceitar ou não intervenção médica, a evolução do instituto teve colaboração de Louis Kutner, advogado que propôs um novo modelo para evitar conflitos nas relações entre médicos e pacientes, há previsões de sanções a médicos que desrespeitem a vontade do paciente (Calvo, 2001, p.46), reconhecido como patient self determination act (PSDA), foi reconhecido pela primeira lei federal que diz respeito sobre a autonomia do paciente. (DADALTO, 2013, p.100)

Na Europa, em 4 de abril de 1997 na cidade de Oviedo, Espanha, ocorreu a convenção de Direitos Humanos e biomedicina, na qual estabeleceu no artigo 9 do convenio de Oviedo a importância da vontade do paciente (DADALTO, 2015, p.118) "Artículo 9 (Deseos expresados anteriormente) Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un

paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad (OVIEDO, 1997, online)[2]”

Como pode-se verificar, os EUA foi o primeiro país a regulamentar o testamento vital, e logo depois foi a vez dos países europeus, para Dadalto, é importante verificar as discussões e apontamentos de países que já regulamentaram para que operadores do direito possam ter uma visão de implementação no ordenamento jurídico brasileiro (DADALTO, 2015, p.115).

Em Portugal a diretrizes antecipadas de vontade foram regulamentadas documentos como o parecer P/05, APB/06 a Associação Portuguesa de Bioética (APB) teve uma atuação fundamental para o reconhecimento das DAVS “O projeto P/06, sobre as diretrizes antecipadas, o Guidelines p/11, APB/08, o parecer E/17/APB/10 sobre o testamento vital, e proposta P/19/APB/10 sobre modelo de documento de diretivas antecipadas” (MABTUM, MARCHETTO, 2015, P.102).

A maior inovação nas leis portuguesas foi a criação do Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev) que fica responsável por armazenar os documentos, podendo o médico que está responsável pelo tratamento ter fácil consulta ao banco de dados e saber da existência de algum tipo de DAV, a Rentev além de armazenar o registro da diretriz, organiza e mantém atualizado, assim, pode o médico buscar informações nesse banco de dados, tomando o médico conhecimento se há documento, deve atender à sua vontade. O testamento vital que irá ser registrado deve ser escrito por profissional do Rentev, ou então notário (DADALTO, 2018, p.71).

A lei portuguesa reconhece os procuradores de saúde do mandato duradouro, mas como um documento diferenciado não integra as directivas de vontade. Outra particularidade da lei portuguesa é o prazo de validade de cinco anos, podendo ser revogado a qualquer tempo (MABTUM e MARCHETO, op.cit., p.103). A regulamentação do instituto em Portugal pode ter contribuído para o reconhecimento no Brasil, pelo fato de serem muitos próximos, não apenas pela língua, cultura, história, mas devido as “ampliações” de novidades.

O instituto civilista do Testamento

O testamento é um ato de disposição de última vontade que o testador dispõe de sobre a partilha de seus bens, para Diniz é tido como o “ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações” (DINIZ, 2007, p. 75).

Para Venosa, o testamento é um negócio jurídico, que formaliza um ato ao qual pretende a realização de um efeito na seara jurídica, é unilateral, causa mortis, pois somente com a morte do testador é que ele vem surtir efeitos, é revogável a qualquer tempo, dependendo da vontade do testador, é solene, deve ser obedecido a legislação, e personalíssimo, pois é o próprio testador que irá elaborar (VENOSA, 2013, p.189-191). Tendo no código civil as modalidades ordinárias e extraordinárias, nos artigos 1.862 e 1.886.

É sabido que o testamento começa a produzir efeitos após a morte do testador, no caso do testamento vital, surge no momento da doença ou do estado de incapacidade, e tem como disposição a recusa/ou aceitação de cuidados e tratamentos que possam prolongar a vida artificialmente, não podendo haver a recusa dos cuidados paliativos pois estes são garantidores do princípio princípio da dignidade humana (DADALTO, 2015, p. 181).

Um aspecto que deve ser observado é que o testamento tem como característica a gratuidade, não podendo haver vantagem correspondida em troca da liberdade testamentária, "Não se trata de um negócio jurídico oneroso, não havendo qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição de bens" (TARTUCE, SIMÃO, 2010, p.296).

Outro aspecto característico é quanto a solenidade/forma, todos os requisitos exigidos encontram-se já regulamentados no código civil afigurado como ad substantiam, ou seja, quando exigido formalidade solene intrínseco ao próprio ato, quando desrespeitados as formalidades, devendo ser estabelecido sanções como a nulidade do testamento.(VERDAN, online, s.p)

Para finalizar, por se constituir um negócio jurídico unilateral, basta apenas a vontade do testador para que sejam produzidos seus efeitos, assim afirma Miranda:

Trata-se de declaração unilateral de vontade, não receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparte, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quiçá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acauteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro polo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade (MIRANDA, 1972, p.72)

Assim, dada a proeminência do tema do testamento vital, é necessário pontuar a diferença e suas características, com os outros testamentos já regulamentados no código civil, desta feita, é necessário ter a compreensão como mecanismo essencial para sua aplicação, tendo como todos eles a característica da última disposição de vontade do testador, e como explicado, o efeito do testamento vital que começa a produzir efeitos ainda em vida, mas no momento que adquire uma doença ou fica incapacitado.

Ponderações sobre a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme o que foi exposto até aqui percebe-se que o testamento possui eficácia após a morte, já o testamento vital não, na verdade o termo vital é uma tradução equivocada do inglês "living will", possuindo efeito ainda inter vivos cujo principal objetivo é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que esta sendo submetido.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é conhecida como testamento vital, nomenclatura fruto de errôneas e sucessivas traduções de living will, pois o dicionário Oxford apresenta como traduções de will três substantivos: vontade, desejo e testamento. Em paralelo, a tradução de living pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Assim, é possível perquirir se a tradução literal mais adequada seria desejos de vida ou, ainda, disposição de vontade de vida, expressão que também designa testamento – que nada mais é do que uma disposição de vontade. (DADALTO.2009, P. 526)

Para adentrar no testamento vital em geral, deve-se verificar o que traria a sua validade no ordenamento jurídico brasileiro, Em 28 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina publicou a resolução 1805/2006 que dispôs sobre limitação e suspensão dos procedimentos e tratamentos médicos que prolongam a vida do paciente, sendo consideradas as suas manifestações de vontade, ou por meio de seus representantes legais, mesmo assim foi assegurada a manutenção da assistência médica, incluindo aplicação de medidas para alívio de dores (CFM, 2006, s.p).

Art.1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando se as disposições em contrário hospitalar (CFM, 2006, s.p).

Mais tarde, no ano de 2012 em 31 de agosto, foi publicada uma nova resolução, n.1.995/2012, que definiu que o paciente pode manifestar seus desejos expressamente e previamente, o médico poderá levar em consideração a sua vontade e se houver algum documento anteriormente manifestado, por um parecer ou pela vontade dos familiares. Destarte que a resolução é algo importante para a inclusão e regulamentação do testamento vital de modo que vise, aos profissionais da área médica que respeitem a autonomia do paciente e a sua vontade, afirma Dadalto que:

A principal mudança com a aprovação da resolução CFM 1995/2012 foi um maior conhecimento do tema por parte dos profissionais de saúde, e, por consequência, da sociedade, pois estes profissionais (não apenas médicos, mas também enfermeiros, psicólogos e demais profissionais que trabalham com pacientes em fim de vida) tem informado aos pacientes acerca da possibilidade de fazer o testamento vital (DADALTO, 2015, s.p)

Assim verifica-se que o testamento vital asseguraria a disposição de última vontade do paciente para que não aconteça nenhum desrespeito quanto a sua vontade de fazer ou deixar de fazer determinados tratamentos médicos caso ele venha ficar incapacitado, importante observar também que as duas resoluções não trouxeram nenhuma prática que contrariou as normas jurídicas, apenas abordou de forma mais sucinta a prática da ortotanásia. Pode ser encontrado também na doutrina o enunciado

que aborda a diretriz antecipadas de vontade, enunciado 528 da V Jornada do CNJ, realizado em 2012, que afirma:

Enunciado 528 - É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade (ENUNCIADO 528, 2015, s.p)

Nota-se que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde que ela deseja receber, como o próprio enunciado já diz, caso se encontre em situação que não possa manifestar a sua vontade, logo ela não deve ser obrigada a fazer tratamento médico forçada, contra a sua vontade, já visando se no futuro, ela se encontrar em estado que não possa exprimir sua vontade, já existe um documento autêntico onde ela estabelece as suas disposições, o próprio enunciado já dá a ideia do testamento vital (ENUNCIADO 528, 2015, s.p). Dessa forma observa-se que o direito formal já está praticamente completo, dispondo de como funcionaria os documentos que aborda o assunto, comparando com Portugal, poderia haver um sistema de registro geral que nos cartórios que ficaria responsável para o armazenamento dos documentos e mantendo atualizados.

5- AUTODETERMINAÇÕES COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DAS DIRETRIZES ANTECIPADAS DE VONTADE

Nos termos do artigo 5, inciso X da Constituição Federal, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, desse modo a ideia de auto determinação deve ser considerada para que haja espaço de liberdade, a etimologia da palavra autonomia vem de "convenção" ou "lei", então, tem-se autonomia como a competência do indivíduo criar suas determinações na vida privada (COSTA, LEITE, MADEIRA, MOTA e VILELA, 2013, P.12)

Segre, Silva e Schramm afirmam que "Se a liberdade é um modo de existir e não um ideal separado da existência, então a autonomia é sempre o exercício em que a liberdade se confronta com o seu contrário, com as determinações. Ela se exerce sempre num espaço ameaçado pela heteronomia" (1998, P.4), eles também conceituam a autonomia do médico e do paciente, sendo um denominado paternalista e um outro de real liberdade, ainda assim segundo eles:

De modo geral, pode-se dizer que o princípio de autonomia confronta a postura paternalista (embasada nos princípios de não-

maleficência e de beneficência da tradição hipocrática), que não faz parte somente do ethosmédico mas também da nossa cultura, levando as pessoas, quando não os grupos religiosos, sociais, políticos ou o próprio Estado, a interferirem em questões que, em princípio, dizem respeito à esfera do indivíduo, pelo menos na concepção produzida pela cultura moderna ocidental e nos Estados leigos das sociedades secularizadas da tradição da Aufklärung (iluministas) (SEGRE, SILVA, SCHRAMM, 1998, P.5)

Nesta perspectiva o princípio da beneficência se opõe ao da autonomia, pois o primeiro princípio dispõe sobre decisões “boas” para pessoa decididos pelo hospital ou pelo Estado incumbido a ideia de que a doença é um estado que precisa ser vencido, mesmo que seja contra a vontade do paciente, percebe-se uma interpretação de que “ninguém é dono de si” (COSTA, LEITE, MADEIRA, MOTA e VILELA, 2013, P.13).

Porém, uma pessoa deve sim manifestar sua vontade e as suas escolhas quando se diz respeito sobre cuidados médicos, não devendo ser decidido ou ter intervenções por entidades hospitalares ou Estado, tendo em vista se tratar do princípio da dignidade humana, “A dignidade confere-lhe o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo ser considerado como um objeto do desejo de manipulação de terceiros” (NUNES, 2011, P.31)

Com isso, pode-se concluir que é necessário um espaço que deve ser reconhecido, respeitado, protegido e garantido para que haja esse consenso sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, principalmente da classe médica, respeitando e confirmando a valorização do documento e as suas tomadas de decisões do paciente.

6– CONSIDERAÇÕES FINAIS

O testamento vital não possui os mesmos efeitos que os demais testamentos, visto que a seus efeitos surtirão antes de cumprida a morte do testador. Trata-se de uma resposta de vontades e desejos do paciente ao qual quando se tratar de incapacidade futura, ele já deixará decidido se será submetido ou não.

Nesse sentido, como abordado no primeiro capítulo, os princípios da bioética, são norteadores para se compreender quanto a autonomia do paciente, visto que alguns tratamentos fúteis pode vir trazer um sofrimento para o paciente, sendo o testamento vital um garantidor da autonomia do paciente, não sendo necessário este, ser submetido à tratamentos que podem potencializar seus riscos de vida, todavia não pode abrir mão dos cuidados paliativos pois estes são necessários e garantidores do princípio da

dignidade humana, mencionado no mesmo capítulo, porém pode haver a rejeição de tratamentos fúteis como por exemplo, o da entubação, reanimação e etc.

Essa prática como explicada, é caracterizada como ortotanásia, estando sempre a bioética ligada aos direitos de pacientes, como abordado no capítulo três. E embora tal assunto ainda não tivesse sido discutido no Brasil, aos poucos surgiu leis internacionais que é importante abordar, no direito estrangeiro, como apresentado no capítulo quatro para ter melhor esclarecimentos e ponderações, podendo o Brasil reproduzir da mesma forma que Portugal faz, criar um registro de diretivas antecipadas para assegurar a eficácia das declarações em todo o território nacional, e especialmente, devendo a equipe médica ter acesso exclusivamente a esse documento, devendo ser obrigatório o profissional consultar esse registro caso o paciente já não possa mais expressar a sua vontade.

Resume-se então conforme o capítulo quatro, que o testamento trata do direito do paciente decidir sobre sua autonomia de tratamento que pode salvar a sua vida ou não, caso haja algum conflito com o direito a vida, deve haver uma ponderação pois o conceito de dignidade, também tem a ver com ter uma morte digna, enquanto em relação ao âmbito médico esta muito bem consolidado na resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina

Conclui-se então no capítulo cinco, a autodeterminação do paciente como validade, pois é justo visto que, o paciente encontra-se em um estado democrático de direito, e mesmo que ainda não haja a regulamentação e inexistência de lei específica, a constituição garante, pois, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia e da liberdade.

Oferecer ao cidadão a proteção e o respeito sobre as suas decisões, sem nenhum tipo de intervenção, é democrático, e é o direito dele governar a sua própria existência, trilhando seu próprio caminho, em consonância aos seus próprios princípios, o presente trabalho apresentado demonstrou que esse paciente em estado terminal possui o direito de optar por uma morte natural, é lícito a regulamentação da ortotanásia, por isso é necessário a regulamentação para que haja maior divulgação para a sociedade, e que evite-se um prolongamento de vida artificial de forma inútil, que pode trazer mais sofrimentos tanto físico ou psíquico para o paciente e para sua família, e que os profissionais de saúde respeitem a sua vontade.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP TL, Childress JF. **Principles of Biomedical Ethics**. 4ed. New York: OUP, 1994:189.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 283-305.

CALVO SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001. p. 46.

Centro de bioética do CREMESP, online, disponível em: http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6

CLOTET, Joaquim, Revista Bioética, **Por que bioética?**, P. 3 Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/474/291. Acesso em: 16/10/2021

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805/2006 disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 16/10/2021

Convenio de Oviedo, 1997, disponível em: https://www.hospitalsantjoan.cat/wp-content/uploads/2018/07/Convenio_Oviedo1997.pdf. Acessado em 03/07/2021

COSTA, José de Fara; LEITE, Jorge; MADEIRA, Dhenis Cruz; MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha; VILELA, Alexandra. **Temas Contemporâneos de Direito Brasil Portugal**, Belo Horizonte, editora Arraes, 2013

DADALTO, Luciana **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Revista Bioética, vol. 17, nº 3, 2009, P. 524, 526 e 527

DADALTO, Luciana, **Testamento vital** / Luciana Dadalto - 3. ed. - São Paulo : Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do biodireito** / Maria Helena Diniz – 10 ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, P.38-40

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. **Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: urna distinção necessária**. In: FIUZA, César; , NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SA, Mariade Fátima Freire. Direito Civil: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 60-61.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 63

FRANKENA, Ética, Rio de Janeiro, Zahar, 1975, p. 57,
disponível em:<http://www.faberj.edu.br/cfb-2015/downloads/biblioteca/etica/FRANKENA-William-K- Etica-2a-Ed-Rio-de-Janeiro-Zahar-Editores-1975.pdf>. Acessado em 03/07/2021

GOLDIM, José Roberto. **O direito de morrer: bioética, morte e morrer**. Revista Jurídica Consulex. Ano XIX, n. 332, 15 de junho de 2010, p. 30

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113-168.

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. **Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida**. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 53-72. ISBN 978-85- 7983-660-2. Available from SciELO Books

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. **Diretivas antecipadas de vontade como dissenhimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico**. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 100-103. ISBN 978-85- 7983-660-2. Available from SciELO Books

MARTINI, Miguel. **Ortotanásia, sim; eutanásia, não!!!** Revista Jurídica Consulex. Ano XIX, n. 332, 15 de junho de 2010, p. 33-34.

MELO, Juliana Nicolini, 2018, **Diretivas antecipadas de vontade: a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico**, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), p.3

MINISTÉRIO DA SAÚDE GABINETE DO MINISTRO PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009 https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf

MINISTERIO DA SAÚDE, INCA, instituto nacional do câncer, cuidados paliativos, disponível em <https://www.inca.gov.br/tratamento/cuidados-paliativos>

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira. **Testamento vital**. Coimbra, Almedina, 2011

PALMER, Michael (2002). **Problemas morais em medicina: curso prático**. São Paulo: Loyola. p. 57

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. III, p.72

VERDAN, Tauã Lima. O INSTITUTO DO TESTAMENTO: ANÁLISE DO TEMA SOB ÓTICA DO DIPLOMA CIVILISTA. Revista Científica. Semana Acadêmica. Fortaleza. Ano MMXXII N. 000012. 10/07/2013. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/o-instituto-do-testamento-analise-do-tema-sob-otica-do-diploma-civilista>. Acesso em: 03/07/2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire e Naves, Bruno Torquato de Oliveira **Bioética e Biodireito** / Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. ed. – Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021, p. 961

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões, vol. 06. 3ª ed.**, rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010.

V Jornada de direito civil, 2012, Brasília, disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>. Acesso em: 20/10/2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. Coleção direito civil. v. 7 . 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.189-191

VILLAS-
BÔAS, M. E. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. Revista **Bioética**, Brasília, DF, v.16, n.1, p.61-83, 2008.

NOTAS:

[1] Professora do curso de Direito da Universidade Nilton Lins. Advogada, Mestre em Direito e Licenciada em Letras. E-mail: brendadosanjosadv@gmail.com.

[2] Artigo 9º Serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito a intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade (Tradução livre)

CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO A DECRETO PRESIDENCIAL

NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON:

Mestre em Direito Processual (2018) e graduado em Direito (2015) pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal da Defensoria Pública da União Defensor público federal¹².

Resumo: No presente trabalho examinamos a possibilidade de interposição do recurso especial previsto no artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988, quando a norma violada for decreto emitido pelo Presidente da República, analisando se tal instrumento normativo se enquadra no conceito de lei federal a que alude o mencionado dispositivo constitucional, para o cabimento do referido recurso excepcional ao Supremo Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: recurso especial, lei federal, decreto presidencial.

Abstract: In the present work we examine the possibility of interposition of the special appeal described in the article 105, subsection III of the Brazilian Federal Constitution of 1988, when the violated norm is a decree issued by the President of the Republic, analyzing if this normative instrument fits the concept of federal legislation to which alludes the mentioned constitutional provision, for the aforementioned exceptional appeal to the Supreme Court of Justice.

Keywords: special appeal, federal law, presidential decree.

Sumário: Introdução. 1. O recurso especial na Constituição Federal de 1988. 2. Hipóteses de cabimento do recurso especial. 3. Conceito e função do decreto presidencial. 4. Enquadramento da violação ao decreto presidencial nas hipóteses do inc. III do art. 105 da Constituição Federal. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988, é o recurso excepcional constitucionalmente previsto para a impugnação de decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais contrárias à legislação federal

¹² E-mail: nbortolon@outlook.com

infraconstitucional (alínea “a”), bem como contra as decisões de tais órgãos que julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal (alínea “b”) ou que derem à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (alínea “c”). A competência para o julgamento dessa espécie de recursos é do Superior Tribunal de Justiça.

A questão que se coloca no presente artigo é se o decreto federal emitido pelo Chefe do Poder Executivo da União, o Presidente da República, veiculador de normas do âmbito de sua competência legislativa, por força de previsão constitucional, se insere no conceito de “lei federal” a que aludem as três alíneas do inc. III do art. 105 da Constituição Federal e se a violação de seu conteúdo normativo pode ou não ser objeto de recurso especial. A finalidade do presente artigo é, portanto, responder a essa questão, com base na doutrina mais abalizada e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

1.O RECURSO ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No campo do direito processual, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu inovadora distinção no tocante aos recursos excepcionais. Na Carta anterior, a competência para processar e julgar recursos contra decisões contrárias às normas federais, nessas compreendidas tanto as constitucionais quanto as infraconstitucionais, era de um único órgão jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal. O recurso cabível para ambos os questionamentos, constitucional ou infraconstitucional, também era o mesmo, o recurso extraordinário.[1]

Percebendo o grande acúmulo de processos no STF e a inviabilidade de seu julgamento sobre questões jurídicas mais diversas, especialmente sobre a legislação federal infraconstitucional[2], o constituinte de 1988 empreendeu esforços na criação de uma nova sistemática recursal, separando o julgamento dos recursos excepcionais em duas espécies: as questões constitucionais continuaram sendo objeto de recurso extraordinário e a competência para seu julgamento do Supremo Tribunal Federal[3], enquanto as decisões violadoras da legislação federal (infraconstitucional) passaram a ser objeto do recurso especial, criando-se o Superior Tribunal de Justiça como órgão competente para o seu julgamento.[4]

A partir daí o STJ, ora intitulado “Tribunal da Cidadania”[5], passou a ser o órgão jurisdicional constitucionalmente incumbido de zelar pela observância da legislação federal e conferir a melhor interpretação para sua aplicação em âmbito nacional.

2.HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Prevê o art. 105, inc. III da CF/88, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos

Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O objetivo do presente artigo, como já explicitado, é analisar se o decreto federal, emitido pelo Presidente da República, se enquadra em algumas das espécies normativas elencadas no referido dispositivo constitucional e, em caso positivo, em qual delas e, portanto, se é cabível ou não o recurso especial contra a decisão de tribunal que contrariar seu conteúdo.

Vale ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, disciplinou diversos aspectos do processamento do recurso especial, a partir da Seção II do Capítulo VI (art. 1.029 e ss.), mas as alterações infraconstitucionais por ele operadas não influem no exame da temática do presente artigo, o cabimento do referido recurso, cujas hipóteses são integralmente disciplinadas pela Constituição Federal.

3. CONCEITO E FUNÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL

Para a conceituação do decreto presidencial, sua natureza jurídica e função no direito brasileiro, valemo-nos, primeiramente, das lições da doutrina administrativista. De acordo com o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo (grifo no original):

Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão. [6]

Ainda segundo a ilustre doutrinadora, quando produz efeitos gerais, o decreto pode ser: *regulamentar* ou de *execução*, quando expedido com base no artigo 84, IV da Constituição Federal[7], para fiel execução da lei; e *independente* ou *autônomo*, quando disciplina matéria não regulamentada em lei, sendo que tal espécie, a partir da Constituição

Federal de 1988, encontra-se restrito às hipóteses do art. 84, inc. VI, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 32/01 (organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos).

E prossegue Di Pietro afirmando que (grifos do original):

O decreto só pode ser considerado ato administrativo propriamente dito quando tem efeito concreto. O decreto geral é ato normativo, semelhante, quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos, à lei.

Quando comparado à lei, que é **ato normativo originário** (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é **ato normativo derivado** (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei).^[8]

Para Alexandre de Moraes, os regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, com fundamento no art. 84, inc. IV da CF, têm por finalidade precípua “facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e se exteriorizam por meio de decreto”^[9]. E cita que, na clássica lição do ex-Ministro Carlos Velloso:

Os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização do Estado, enquanto poder público. Editados pelo Poder Executivo, visam a tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforma acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais, Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas. Bem por isso leciona Esmein, ‘são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis,

completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito”[10].

Percebe-se, portanto, que o decreto presidencial, embora tenha sempre a natureza de ato jurídico de direito público, pode ter natureza de ato administrativo, com efeitos concretos e direcionado a pessoas ou bens específicos (como no caso dos decretos de desapropriação) ou de ato normativo, isto é, veiculador de *normas gerais e abstratas*, destinadas a pessoas indistintas, como no caso dos decretos regulamentares.

Essa distinção é importante na análise do cabimento de recurso especial relativo à aplicação do decreto, como veremos adiante.

4.ENQUADRAMENTO DA VIOLAÇÃO AO DECRETO PRESIDENCIAL NAS HIPÓTESES DO INC. III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Postas as premissas acima, importa perquirir se a decisão judicial que contraria o decreto presidencial pode ser inserida entre as hipóteses de cabimento do recurso especial, previstas nas alíneas do inc. III do art. 105 da Constituição, do que se faz necessário identificar se o decreto se insere no conceito de lei federal a que aludem as alíneas “a” (contrariar tratado ou *lei federal*, ou negar-lhes vigência), “b” (julgar válido ato de governo local contestado em face de *lei federal* - redação dada pela Emenda Constitucional nº 45) e “c” (der a *lei federal* interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal).

Quanto à referida expressão (lei federal), esclarece Perseu Gentil Negrão:

Assim se consideram todas as leis emanadas do Poder Legislativo da União. Em regra, sua ação e eficácia se exercem sobre todo o território da República. Entretanto, o caráter de federal, que lhe é dado, não advém da condição de sua obrigatoriedade e aplicação em todo o território nacional. Decorre da condição de ter sido decretada pelos poderes federais, para regular matéria cuja competência é atribuída ao Congresso Nacional. Dessa forma, são federais todas as leis que somente possam ser instituídas pelo Congresso Nacional, não importando, assim, a natureza da matéria que por elas se institua[11].

Para José Afonso da Silva, no entanto:

Será lei federal quando tendo origem federal tiver também *natureza* de direito federal, isto é, quando se enquadrar na competência normal da União, quando versar matéria da competência legislativa dos órgãos federais[12].

O decreto não é lei. Ao menos não em sentido estrito, ou no sentido previsto no art. 59, incs. II a IV, e nos arts. 61 a 69 da CF. Indubitavelmente, porém, pode ser instrumento veiculador de normas e, por ser expedido por autoridade federal, é instrumento normativo federal. A questão que se coloca é: sendo ato normativo federal, pode ser enquadrado como “lei federal”, em sentido amplo, para efeitos de cabimento do recurso especial?

Para Araken de Assis[13] a resposta à pergunta acima é positiva, conforme se extrai de suas lições (grifos nossos):

Resta estabelecer o que se entende por “lei federal” para fins de cabimento do recurso. Em princípio, prevaleceu o entendimento de que abrangeria toda regra de direito produzida pela União Federal. Por óbvio, abarca as espécies normativas ortodoxas do art. 59, II a VI, da CF/1988: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos. E a expressão examinada abrange os decretos e regulamentos do Presidente da República (art. 84, IV, in fine, e VI, a e b, da CF/1988). Leis estrangeiras porventura aplicáveis a litígios julgados no Brasil também se incluem na órbita sob foco. Todavia, não formam questões federais relevantes para controle da integridade na interpretação e na aplicação as portarias, os avisos, as circulares e as resoluções administrativas às quais a Administração outorga natureza normativa. Nesse sentido, decidiu a 4ª Turma do STJ: “Portaria ministerial e resolução normativa não se qualificam como ‘lei federal’ na acepção em que empregada a expressão na alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição[14]”.

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Por lei federal a doutrina entende que o legislador está a se referir às leis de abrangência territorial nacional, incluídas as leis nacionais e federais, não importando a espécie de lei, de modo que estão abrangidas a lei complementar, a lei ordinária, lei delegada, decreto-lei, decreto autônomo e até mesmo a medida provisória, que tecnicamente não é lei, mas é entendida com a mesma força

normativa. Excluem-se da previsão legal as portarias ministeriais, as resoluções normativas, as normas de regimento interno de tribunais e as súmulas. A expressa previsão de tratado, que também deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo ajuste, acordo, compromisso e tratado *stricto sensu*, decorre da regra de que o tratado internacional, quando incorporado ao ordenamento jurídico, tem força de lei ordinária, espécie de lei federal^[15].

Antigo julgamento do Superior Tribunal de Justiça já indicava (grifo nosso) que “na expressão lei federal estão compreendidos apenas a lei, o *decreto*, o regulamento e o direito estrangeiro” (AgRg 21.337-DF, DJ 03.08.92), rel. Min. Garcia Vieira.

Aliás, traduz bem esse entendimento a conceituação dada pelo Código Tributário Nacional^[16], ao estabelecer em seu art. 96 (grifos nossos) que:

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os *decretos* e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Misael Montenegro Filho^[17] sucintamente limita a conceituação de *lei federal* a: (a) *lei federal em sentido estrito*, dizendo respeito a direito federal, ou seja, aplicado em todo o território nacional, não em localidade específica, como, por exemplo, no Distrito Federal; (b) *decreto federal*; e (c) *regulamento federal*. De outro lado, exclui do conceito de “lei federal” as portarias, circulares, resoluções, instruções normativas, provimentos, convênios, regimentos internos dos tribunais e as súmulas.

Parece, portanto, não haver dissenso na doutrina quanto ao enquadramento do decreto presidencial como espécie de “lei federal”, para o cabimento do recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” da CF. Na jurisprudência, o entendimento também não é diferente, como se observa na seguinte ementa:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DECRETO PRESIDENCIAL. CABIMENTO. COMUTAÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO AOS DELITOS NÃO HEDIONDOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º E 10 DO DECRETO N. 4.011/2001. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA RECONSIDERADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (de caráter geral e abstrato) produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, [...] como os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (REsp 787.396/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009).

2. A comutação somente pode ser negada nas hipóteses expressamente indicadas no decreto presidencial, não alcançando delitos não relacionados.

3. Interpretando os arts. 9º e 10 do Decreto n. 4.011/2001 extrai-se a regra de que estão excluídas da comutação apenas as infrações nele previstas, possibilitando que os delitos não delineados taxativamente no rol possam ser alcançados pelo benefício.

Precedentes do STJ.

4. Decisão agravada reconsiderada. Recurso especial improvido.

(AgRg no REsp 859.349/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. SÚMULA 13/STJ. CONCEITO DE LEI FEDERAL. SÚMULA 211/STJ. POSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO.

(...)

2. A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (= de caráter geral e abstrato) produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da

República. Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, como são as instruções normativas da SRF.

(...)

(REsp 787.396/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009)

Fica clara, diante da conceituação doutrinária do decreto presidencial, bem como do tratamento jurisprudencial dado ao termo “lei federal” do art. 105, III, “a”, a função integrativa e dependente do decreto regulamentar em relação à lei, sem a qual não tem fundamento de validade, nem eficácia. Tal premissa é de suma importância na análise do cabimento do recurso especial contra decisão violadora das normas regulamentares veiculadas através de decreto presidencial, bem como para seu enquadramento entre as hipóteses de fundamento do referido recurso.

É que se o decreto regulamentar tem a função de integrar a lei federal, dando-lhe execução prática e pormenorizada, natural concluir, por uma questão de congruência do ordenamento federal, que o mesmo também integra a legislação federal em sentido amplo e o conceito de “lei federal” da alínea “b” do inc. III do art. 105 da Constituição Federal.

Em outras palavras, se a função do decreto regulamentar é *complementar* a lei federal que o fundamenta, é certo que o mesmo *integra* a legislação federal, inclusive para os efeitos do cabimento do recurso especial.

De outro lado, têm-se como pacífica a exclusão das portarias, circulares, resoluções, instruções normativas, provimentos, convênios, regimentos internos dos tribunais e as súmulas do conceito de lei federal. A razão para isso remete à distinção dos atos normativos federais regulamentares da lei (decretos regulamentares) dos concretamente executivos dos mandamentos legais ou organizadores da administração pública (portarias, circulares, ordens de serviço, alvarás etc). Também da decorrente distinção que há entre tais espécies na veiculação de *normas gerais e abstratas*, em *complemento à legislação federal* infraconstitucional (caso dos decretos regulamentares), da concretização de atos do poder público direcionadas a casos ou pessoas específicas (demais instrumentos jurídicos da administração pública). Nesse sentido, precedente relativo ao não cabimento de recurso especial por violação a texto normativo veiculado em Provimento de autarquia federal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXAME DA OAB. RECURSO ESPECIAL. ARREDONDAMENTO DE NOTA DA PROVA OBJETIVA. CONCEITO DE "LEI FEDERAL" PARA FINS DO ART. 105, III, DA CRFB. PROVIMENTO Nº 81/96. ATO NORMATIVO DE AUTARQUIA. NÃO-INCLUSÃO. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. O conceito de lei federal, para efeito de admissibilidade do recurso especial na jurisprudência assentada no STJ, compreende regras de caráter geral e abstrato, produzidas por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como o são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (Resp 88.396, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 13.08.96; AgRg no Ag 573.274, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 21.02.05), instruções normativas (Resp 352.963, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18.04.05), atos declaratórios da SRF (Resp 784.378, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 05.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag 21.337, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 03.08.92).

2. Incorre afronta à Lei nº 8.906/94, quando o aresto recorrido limita-se a discutir a controvérsia sob o enfoque interpretativo de Provimento, acerca da impossibilidade de acolher o pedido mandamental no que diz respeito ao arredondamento de nota da prova objetiva.

3. Deveras, a matéria implicaria em invasão fático-probatória, vedada ao STJ pela Súmula nº 07.

4. Recurso parcialmente conhecido, e nessa parte desprovido.

(REsp 797.272/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 282, REPDJ 07/11/2006, p. 253)

Neste outro caso, para excluir a interposição de recurso especial por violação de Resolução:

CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. PRESTAÇÕES INDEXADAS AS TAXAS DE CDB. TEORIA DA IMPREVISÃO.

Ação visando o reajustamento das prestações devidas por arrendatário mercantil, em contrato firmado durante a vigência do plano cruzado, alterando-se o critério contratual de indexação segundo a maior taxa de captação dos CDBS. Procedência da demanda, nas instancias ordinárias.

A aplicação da teoria da imprevisão, em determinado caso concreto, não contraria os artigos 7. 8. da lei 6099/74, nem o artigo 82 do código civil.

Recurso especial. Admissibilidade.

Não se admite recurso especial sob arguição de contrariedade a resoluções administrativas, mesmo que de natureza normativa. a expressão 'lei federal', do artigo 105, III, 'a', da Constituição Federal, abrange apenas as leis e os respectivos regulamentos de aplicação.

Não ocorrência de dissídio pretoriano, ante os dessemelhantes pressupostos do aresto recorrido e dos arestos paradigma.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 9.182/PR, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/1992, DJ 08/09/1992, p. 14366)

Aqui, para afastar o cabimento em relação à Portaria:

PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO A PORTARIAS. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 284/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Não pode ser conhecido recurso especial que indica ofensa a dispositivos de Portaria, por não estar esta espécie de ato normativo compreendida na expressão "lei federal", constante da alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

2. A ausência de indicação do modo como teria ocorrido a suposta ofensa à legislação federal não autoriza o conhecimento do recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional (Súmula 284/STF).

3. O acórdão recorrido assenta sobre fundamentação de índole eminentemente constitucional, razão pela qual, estando a competência do STJ, delimitada pelo art. 105, III, da Constituição, restrita à uniformização da legislação infraconstitucional, é inviável o conhecimento do recurso especial.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 640.758/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 235)

Há também exemplos sobre convênios administrativos (AgRg 36323), resoluções ministeriais (REsp 41745, AgRg 737624, REsp 809329), regimento de tribunal e súmula (Súmula 399 do STF, REsp 21401), entre outros atos administrativos (REsp 879221 e 782699).

O entendimento extraível das decisões do STJ permite concluir que o decreto presidencial passível de violação em decisões de tribunais, para o cabimento do recurso especial, somente pode ser o que veicula conteúdo normativo, de caráter *geral e abstrato*, ou seja, o decreto regulamentar. Decretos do Chefe do Poder Executivo com conteúdo diverso, isto é, individual e concreto, são meros atos administrativos e, portanto, insuscetíveis de impugnação, por sua violação, em sede de recurso especial.

De outra banda, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza e Letícia Barbosa Lima de Souza asseveram importante ponto sobre os decretos emanados da Presidência da República, com fundamento diretamente na Constituição Federal, sem intermediação legal, ressaltando o cabimento do recurso especial com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da CF:

Outrossim, quando estivermos tratando de decretos ou regulamentos autônomos, também será cabível recurso especial. Isso porque tais atos têm seu fundamento de validade fulcrado na própria Constituição Federal. Portanto, diferem dos decretos ou regulamentos de execução, os quais buscam sua fonte de validade em lei infraconstitucional^[18].

Importante repisar que os decretos autônomos são editados como fontes normativas, não havendo previsão para decretos autônomos de efeitos concretos. Nesse passo, ainda, interessante exemplo de decreto autônomo (para além do previsto no art. 84, VI) é o decreto de indulto, porquanto também trata de hipótese de decreto presidencial com fundamento diretamente constitucional (art. 84, XII). O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de examinar a admissibilidade de recurso especial manejado contra decisão de tribunal apontada como violadora de norma contida nessa espécie de decreto, entendendo sempre pelo seu cabimento.

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA. PENAL. INDULTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DECRETO Nº 2.002/96. INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO "CRIMES REFERIDOS NA LEI Nº 8.072".

1. A expressão crimes referidos na Lei nº 8.072/90 inserta no Decreto Presidencial nº 2.002/96 significa que devem ser excluídos do indulto apenas os condenados por crimes hediondos. O atentado violento ao pudor somente tem esta qualificação quando dele resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Fora destas hipóteses não há falar em crime hediondo, não podendo ser negado ao sentenciado o indulto pleiteado.

2. Recurso não conhecido.

(REsp 172.524/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/1998, DJ 30/11/1998, p. 218)

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO. ESPÉCIE DE INDULTO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMUTAÇÃO PARA CONDENADOS POR CRIME HEDIONDO.

1. É cediço nesta Corte o entendimento de que a comutação da pena é espécie de indulto parcial, não podendo ser concedida nos casos em que a lei excepciona; na espécie, o Decreto n.º 2.838/98 veda, expressamente, a concessão de indulto aos condenados por delito hediondo;

2. Recurso especial provido.

(REsp 610.190/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Rel. p/ Acórdão Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJ 25/06/2007, p. 310)

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FUGA. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEI N.º 7.210/84. SÚMULA VINCULANTE N.º 9 DO PRETÓRIO EXCELSO. LEI N.º 12.433/2011. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO.

LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDULTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado não ofende o direito adquirido ou a coisa julgada.

O instituto da remição, como prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera apenas expectativa de direito, sendo incabível cogitar-se de reconhecimento de coisa julgada material.

Aplicação da Súmula Vinculante n.º 9 do Supremo Tribunal Federal.

2. A partir da vigência da Lei n.º 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da Lei n.º 7.210/84.

3. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.

4. Ademais, verifica-se flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício.

5. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula n.º 441 deste Tribunal.

6. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do benefício do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente provido para, cassando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Juízo de Execuções, para que complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade quanto à perda dos dias remidos, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais. Habeas corpus concedido, de ofício, para restringir a interrupção do prazo somente para fins de progressão de regime.

**(REsp 1238456/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,
julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)**

O cabimento de recurso especial contra a decisão de tribunal violadora do decreto de indulto se extrai, também, *a contrariu sensu*, da jurisprudência consolidada no STJ do não cabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, como decidiu o referido tribunal reiteradas vezes em casos relacionados ao benefício penal em questão, a exemplo do seguinte julgado:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INDULTO. DECRETO 8.172/2013. AUSÊNCIA DE PARECER PRÉVIO DO CONSELHO PENITENCIÁRIO.

IRRELEVÂNCIA. REQUISITO NÃO EXIGIDO PELO NORMATIVO PRESIDENCIAL.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n.121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n.117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n.284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min.Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Por absoluta disposição literal do art. 5º do Decreto 8.172/2013, apenas as faltas graves praticadas pelo sentenciado nos últimos 12 (doze) meses que antecederam a publicação do ato presidencial impossibilitam a concessão da comutação da pena.

IV - In casu, o paciente não praticou falta grave nos doze meses que antecedem o citado Decreto, de se concluir que houve imposição de requisito não estabelecido no referido ato normativo, constituindo-se em flagrante ilegalidade, porquanto é vedado ao Poder Judiciário estabelecer requisitos diversos dos previstos no Decreto presidencial.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para cassar o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de origem, mantendo-se a r. decisão de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos.

(HC 334.246/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015)

Se não é cabível o *habeas corpus* contra decisão de tribunal violadora das normas do indulto – objeto de decreto presidencial – por ser então cabível o recurso especial, *a contrario sensu* o decreto é espécie de lei federal, nos termos do art. 105, III, “a” da CF, como já demonstrado.

CONCLUSÃO

Diante das lições acima trazidas da doutrina e do entendimento jurisprudencial sobre o tema, a conclusão é a de que o decreto presidencial, enquanto veiculador de norma geral e abstrata, tenha o mesmo fundamento na lei ou na Constituição Federal, é espécie de “lei federal” (*latu sensu*), para efeitos de cabimento do recurso especial. A decisão de tribunal que viole a norma contida no decreto federal (alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição) ou que julgue válido ato de governo local contestado em de decreto federal (al. *b*) ou que dê a decreto federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (al. *c*) é, portanto, atacável pela via do recurso especial.

A exceção ao cabimento do recurso especial contra violação de decreto presidencial fica apenas para os casos em que este veicule norma individual e concreta, como nos casos de desapropriação pela União, por exemplo.

O cabimento do recurso excepcional de competência do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere aos decretos federais, fica, portanto, limitado como meio de impugnação das decisões de tribunais que violem decretos do Presidente da República veiculadores de normas gerais e abstratas, tenham eles fundamento em lei federal (decreto regulamentar), na Constituição Federal (decretos autônomos) ou como instrumento de introdução de normas internacionais no âmbito interno (decretos de tratados) e, ainda, quando os tribunais derem ao texto contido no decreto federal interpretações divergentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 15 de outubro de 1969.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

_____. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

_____. Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, 4ª edição, pág. 1016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NEGRÃO, Perseu Gentil. Apud. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de Souza. **Recursos extraordinário e especial**: reflexos da Emenda Constitucional nº 45/2004. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

NOTAS:

[1] Art. 119, inc. III da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, 4ª edição, pág. 1016.

[3] Art. 102, inc. III da Constituição Federal de 1988.

[4] Art. 105, *caput*.

[5] Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/História. Acesso em 26/12/2016.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 315.

[7] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[8] DI PIETRO, 2017, p. 315.

[9] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 496.

[10] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 421.

[11] NEGRÃO, Perseu Gentil. Apud. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2000, p. 167.

[12] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

[13] ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, RB-13.7.

[14] REsp 58.618-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 22/5/1995.

[15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017, p. 1723.

[16] BRASIL, Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

[17] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, tópico 21.18.2.1.

[18] SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de Souza. **Recursos extraordinário e especial: reflexos da Emenda Constitucional nº 45/2004**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 214.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

SAMARA JACQUIMINOUTH TAVARES:
Bacharel em Direito -Advogada¹³

PAULO SERGIO LIMA DOS SANTOS

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo o inquérito policial, e se delimita na discussão da aplicação de duas garantias processuais durante as investigações preliminares: o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, a problemática que se pretende responder é a seguinte: há inaplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa dentro do Inquérito Policial? O objetivo geral consiste em analisar as principais características do inquérito policial, notadamente a sua inquisitorialidade, visando compreender a possível inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa em seu procedimento. Já os objetivos específicos são definir inquérito policial e as suas principais características, analisar as garantias constitucionais do acusado, especificamente o contraditório e a ampla defesa, e verificar a possível inaplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a fase pré-processual, que se materializa no procedimento do inquérito policial. O artigo seguirá o método de pesquisa dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica. O artigo será estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro se voltará para o estudo do inquérito policial, o segundo capítulo se pautará no estudo da ampla defesa e do contraditório, e o último capítulo tratará da (in)aplicabilidade desses princípios no inquérito policial.

Palavras-chave: Contraditório; Ampla defesa; Inquérito policial.

ABSTRACT: This article has as its object of study the police investigation, and it delimits itself in the discussion of the application of two procedural guarantees during preliminary investigations: the adversarial and the broad defense. In this sense, the problem that we intend to answer is the following: is there inapplicability of the adversarial principle and of ample defense within the Police Inquiry? The general objective is to analyze the main characteristics of the police investigation, notably its inquisitorial nature, in order to understand the possible inapplicability of the adversary system and the broad defense in

¹³ E-mail: samara.jacquiminouth.sj@gmail.com

its procedure. The specific objectives are to define the police investigation and its main characteristics, analyze the constitutional guarantees of the accused, specifically the adversary and the broad defense, and verify the possible inapplicability of the adversarial and broad defense principles during the pre-procedural phase, which materializes in the procedure of the police inquiry. The article will follow the deductive research method and the bibliographic research methodology. The article will be divided into three chapters, the first of which will focus on the study of the police investigation, the second chapter will be based on the study of the broad defense and the contradictory, and the last chapter will deal with the (in)applicability of these principles in the police investigation .

Keywords: Contradictory; Wide defense; Inquiry police.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1 Delimitação conceitual. 1.2 Características essenciais do inquérito policial. 2 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO. 2.1 Do contraditório. 2.2 Da ampla defesa. 3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL. 3.1 A inquisitorialidade do inquérito policial. 3.2 A (in)aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O procedimento penal atual no ordenamento jurídico brasileiro, se constitui pela investigação preliminar, que é a fase pré-processual, e pelo processo penal em si, que se trata da fase judicial. Entendida essas fases, é possível estabelecer que a persecução criminal nada mais é do que a junção destas duas etapas citadas, realizando a efetividade do jus puniendi, que se refere ao direito de punir do Estado sobre o particular.

A sua principal finalidade é a aplicação de sanção penal prevista em lei para determinado fato classificado como crime ou contravenção penal, conforme descrição do Código Penal Brasileiro. O Estado, como detentor do jus puniendi, tem o dever de punir quando da ocorrência de um ilícito penal.

No entanto, para que o Estado exerça seu direito de punir de forma justa e adequada, é necessário um processo legal que seja responsável por apurar os fatos denunciados, bem como de seus responsáveis. Nesse cenário, nasce o inquérito policial que é um conjunto de diligências que é realizada pela polícia judiciária com a finalidade de reunir elementos necessários da prática de uma infração penal e de sua autoria.

A fase pré-processual, conhecida como a investigação preliminar, podendo ser denominada também como fase administrativa da persecução criminal, é o procedimento que objetiva reunir provas, elementos e indícios, para o uso do Ministério Público na ação penal pública incondicionada, ou pelo próprio particular na ação penal privada, podendo, então, de fato, iniciar a ação penal.

No entanto, muito se discute a respeito das garantias constitucionais do acusado nessa fase. De forma mais específica, questiona-se sobre a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Desta feita, a problemática que será respondida é a seguinte: há inaplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa dentro do Inquérito Policial?

Nesse sentido, abordar essa temática relativa ao inquérito policial é de grande valia, tendo em vista que é um dos procedimentos basilares da persecução penal, e compreender a aplicação do contraditório e da ampla defesa nessa fase é essencial.

Diante de todo o exposto, e levando-se em consideração o tema do estudo, a seguinte problemática será abordada no desenvolvimento do artigo: há inaplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa dentro do Inquérito Policial?

O objetivo geral consiste em analisar as principais características do inquérito policial, notadamente a sua inquisitorialidade, visando compreender a possível inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa em seu procedimento.

Já os objetivos específicos são definir inquérito policial e as suas principais características, analisar as garantias constitucionais do acusado, especificamente o contraditório e a ampla defesa, e verificar a possível inaplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a fase pré-processual, que se materializa no procedimento do inquérito policial.

O artigo será estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro se voltará para o estudo do inquérito policial, o segundo capítulo se pautará no estudo da ampla defesa e do contraditório, e o último capítulo tratará da (in)aplicabilidade desses princípios no inquérito policial.

1 O INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A fase pré-processual, conhecida como a investigação preliminar, pode ser denominada também de fase administrativa da persecução criminal e se destina a investigação de um fato criminoso e sua autoria. O procedimento instaurado nessa fase, em regra, é o inquérito policial. ele objetiva reunir provas, elementos e indícios, para o uso do Ministério Público na ação penal pública incondicionada, ou pelo próprio particular na ação penal privada, possibilitando, então, de fato, iniciar a ação penal. Nesse primeiro capítulo será estudada a delimitação conceitual do inquérito policial, e as suas principais características.

1.1 Delimitação conceitual

Eugênio Pacelli (2020) explica que na ação penal, a regra é a iniciativa do Estado, e da mesma forma, na fase pré-processual, a regra é que os órgãos estatais realizem a investigação do possível fato criminoso. Essa investigação é feita pela Polícia Judiciária, e se materializa no inquérito policial. Mas ele explica: a “denominação de polícia judiciária somente se explica em um universo em que não há a direção da investigação pelo Ministério Público, como é o brasileiro” (PACELLI, 2020, p. 95).

Sucedo que o ofendido busca a autoridade policial buscando o início das averiguações na hipótese de existir ofensa ao bem jurídico. A autoridade responsável acumula todas as informações, regulariza as mesmas, podendo vincular laudos periciais e declarações escritas, colher testemunhos, afirmação da vítima e, pode realizar oitiva do acusado.

O Decreto n. 4.824, de 1871, foi o responsável por instituir no Brasil o inquérito policial, estabelecendo a separação entre a Polícia e o Poder Judiciário. O art. 42 do referido diploma legal determinava que “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento do fato criminoso, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices”.

Lopes Júnior (2020, p. 180) explica que o inquérito policial foi mantido no Código Processo Penal de 1941, pois entendeu o legislador da época que “o ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio ao sistema vigente”.

Assim, a missão do inquérito policial é se utilizar de todos os meios legais disponíveis e necessários para juntar os elementos que comprovem a existência ou não de

determinado fato, e que, caso este tenha acontecido, atribua a sua autoria ao suposto culpado (BRITO, et. al., 2019).

De acordo com Brito et. al., (2019, p. 99) “O termo inquérito deriva do verbo inquirir, que significa pesquisar, investigar, querer saber. É o nome utilizado para designar um procedimento oficial, legal e formal para se apurar um fato criminoso”.

Guilherme de Souza Nucci expõe qual a finalidade precípua do inquérito, de acordo com sua opinião:

É importante repetir que sua finalidade precípua é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, por meio do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares suficientes para apontar, com relativa segurança, a ocorrência de um delito e o seu autor (NUCCI, 2020, p. 321).

A exposição de motivos do Código de Processo Penal deixa claro que o inquérito policial fora mantido como processo preliminar ou preparatório da ação penal. Traz consigo a função de garantidor, tendo em vista que a investigação tem a finalidade de impedir a formação de uma persecução penal injusta pelo Ministério Público.

Esse também é o entendimento de Nucci (2020), o autor explica que o inquérito é uma forma de afastar dúvidas e corrigir o rumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário.

Por fim, no que se refere a natureza jurídica do inquérito, Lopes Junior (2020) entende que se trata de um procedimento administrativo pré-processual. Já de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2020) “Trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção”. A doutrina majoritária realmente entende que a natureza jurídica do inquérito é de procedimento administrativo, e não processual.

1.2 Características essenciais do inquérito policial

O inquérito policial possui muitas características específicas, e se faz importante compreendê-las. A sua primeira característica é a instrumentalidade, o inquérito é essencialmente instrumental, a sua finalidade é a reunião de elementos de provas a respeito de um delito de natureza penal (BONFIM, 2019).

Ele também é oficioso, ou seja, ressalvadas as hipóteses de crimes de ação penal pública condicionada à representação e dos delitos de ação penal privada, o inquérito policial deve ser instaurado *ex officio*, ou seja, independente de alguma provocação.

Outra característica é a dispensabilidade, o inquérito não é um procedimento obrigatório, e pode ser dispensado quando a notícia crime direcionada ao Ministério Público tiver elementos suficientes para a propositura da ação penal.

De acordo com Renato Brasileiro:

Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será perfeitamente dispensável (LIMA, 2020, p. 181).

O inquérito é um procedimento escrito, assim, de acordo com o art. 9º do CPP, todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Trata-se de um procedimento meramente informativo, logo, “Conquanto tenha por finalidade última possibilitar a punição daqueles que infringem a ordem penal, não se presta, em si mesmo, como instrumento punitivo, uma vez que não é idôneo a provocar manifestação jurisdicional” (BONFIM, 2019, p. 186).

Ele é sigiloso, não se aplicando o princípio da publicidade dos atos processuais, e é compreensível, já que o inquérito não é o processo propriamente dito. Renato Brasileiro explica a necessidade do sigilo do inquérito:

Se na própria fase processual é possível a restrição à publicidade, o que dizer, então, quanto aos atos praticados no curso de uma

investigação policial? Se o inquérito policial objetiva investigar infrações penais, identificando fontes de provas e coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização (LIMA, 2020, p. 182).

Outra característica muito importante é a discricionariedade do inquérito policial. O procedimento é de responsabilidade do delegado de polícia, e por esse motivo ele pode determinar ou postular as diligências que julgar necessárias para que o fato seja esclarecido (AVENA, 2019).

Ainda, de acordo com Távora e Alencar (2017, p. 139) “a autoridade policial pode atender ou não aos requerimentos patrocinados pelo indiciado ou pela própria vítima (art. 14, CPP), fazendo um juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância daquilo que lhe foi solicitado”.

Outra característica importante é a indisponibilidade, isso quer dizer que, uma vez iniciado o inquérito policial, o delegado de polícia não pode dele dispor. Assim, se diante de uma circunstância fática, o delegado percebe que não houve crime, nem em tese, não deve iniciar o inquérito policial (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Por fim, o inquérito policial também é inquisitivo, essa característica deriva do sistema processual inquisitório. Assim, no inquérito policial, a princípio, as garantias constitucionais do acusado não são aplicadas, mas isso será visto posteriormente em momento oportuno.

2 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

O Estado tem o dever de oferecer todas as condições para o acusado se valer da produção de provas para se defender de acusações a ele imputadas e, por fim, esclarecer a verdade dos fatos. Isso porque o Estado não tem o poder discricionário de condenar alguém sem o devido processo legal, e é nesse processo que as garantias constitucionais são aplicadas.

De acordo com Brito, et. al., (2019, p. 35) “as garantias devem ser adequadas, como instrumentos de proteção, criados pelo Estado, como forma reflexa de manutenção dos direitos individuais”.

As principais garantias processuais invocadas são o contraditório e a ampla defesa, previstas constitucionalmente. Nesse vértice, importante compreender as definições e características dessas garantias.

2.1 Do contraditório

O princípio do contraditório encontra seu fundamento no artigo 5º, LV da Constituição Federal e dispõe 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”.

Ele também é conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade. Trata-se de um dos princípios mais importantes no processo penal, bem como no processo civil ou administrativo.

O contraditório, além de garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação que seja contrária aos interesses das partes, bem como o direito a reação, também garante que o direito de resposta do acusado seja exercido na mesma intensidade e extensão (PACELLI, 2020).

Renato Brasileiro (2020, p. 55) expõe “É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova”. Nessa situação, a parte contrária poderá contestar a prova, e produzir suas próprias provas para a apreciação do juiz.

Ainda, no mesmo sentido, de acordo com Lopes Júnior, esse princípio legitima outros direitos, como é o caso do direito de audiência:

O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 145).

As partes têm a faculdade de se manifestarem a cada ato do processo. O princípio do contraditório pode ser de duas espécies: Real o que ocorre no mesmo momento da produção de provas e diferido que é o que se realiza depois da produção de provas.

De acordo com Tavares e Casara (2020, p. 95), o princípio do contraditório “erige o método dialético como essencial à solução justa do caso penal, isso porque o confronto de teses antagônicas permite a superação do conflito posto à apreciação da Agência Judicial”.

O contraditório se faz necessária para que haja a possibilidade da efetivação da ampla defesa, pois ele é responsável por fornecer o conhecimento e possibilitar a manifestação.

Entretanto, conforme as lições e Norberto Avena (2019), ao se comparar o contraditório e a ampla defesa, o primeiro possui uma abrangência maior, isso porque essa garantia alcança não apenas o polo defensivo, mas também o polo acusatório, na medida em que a este também deva ser dada ciência e oportunidade de contrariar os atos praticados pela parte contrária.

2.2 Da ampla defesa

Como visto, o art. 5º, LV, da Magna Carta dispõe que “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). Assim, a ampla defesa também tem fundamento constitucional e deve ser observada no devido processo legal.

Nucci (2020, p. 154) explica que a ampla defesa “significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”. A única vedação é a produção de provas ilícitas/ilegais.

É com a ampla defesa que o acusado irá se defender das acusações imputadas a si. De forma clara, a ampla defesa possibilita que o acusado rebata todas as acusações que lhe foram impostas. Assim, como já mencionado, pode se utilizar de todas as formas lícitas em direito para alcançar esse fim.

Renato Brasileiro (2020, p. 56) explica que a ampla defesa se relaciona com o contraditório, por isso esses dois princípios andam juntos no processo: “A defesa garante

o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação”.

A aplicação do princípio não exige que cada um dos atos praticados seja informado às partes, sendo relevante que o magistrado, antes de tomar qualquer decisão, ouça as partes dando a elas oportunidades iguais para se manifestarem com seus argumentos e contra-argumentos.

Ainda, essa garantia não significa que o acusado esteja imune a certas consequências processuais:

Observe-se que a ampla defesa não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais. Tudo depende das peculiaridades do caso concreto e natureza do prejuízo causado ao réu (AVENA, 2019, p. 131).

Assim, de acordo com o Delegado de Polícia Emerson Silva Barbosa, em um processo penal garantista (processo que privilegia as garantias constitucionais), o princípio do contraditório e o da ampla defesa, juntamente com outros princípios, devem ser aplicadas no processo:

Não há dúvida de que as garantias da ampla defesa e o contraditório são, ao lado da proibição de produção de prova ilícita, da presunção de não culpabilidade e da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo condicionantes da validade das provas dentro de um processo penal garantista, que abrange não apenas a instrução processual presidida pelo juiz, mas toda atividade de instrução probatória que tenha repercussão sobre o processo, com destaque para a realizada durante o inquérito policial (BARBOSA, 2011, p. 81)

Portanto, as duas garantias estudadas são extremamente importantes no curso do processo penal, mas questiona-se a aplicação dessas garantias no curso da investigação preliminar, ou seja, no inquérito policial.

3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL

A doutrina majoritária, como será visto, defende a não aplicabilidade da ampla defesa e do contraditório ao inquérito policial. No entanto, há a doutrina minoritária que defende a aplicação

3.1 A inquisitorialidade do inquérito policial

Como visto anteriormente, o inquérito policial é um procedimento meramente informativo, logo, em tese, ele não se sujeita as garantias constitucionais do acusado, e por isso possui a característica a inquisitorialidade. Nesse sentido explica Távora e Alencar (2017, p. 151): “as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa”.

O autor explica o benefício da inquisitorialidade do inquérito:

A inquisitorialidade permite agilidade nas investigações, otimizando a atuação da autoridade policial. Contudo, como não houve a participação do indiciado ou suspeito no transcorrer do procedimento, defendendo-se e exercendo contraditório, não poderá o magistrado, na fase processual, valer-se apenas do inquérito para proferir sentença condenatória, pois incorreria em clara violação ao texto constitucional (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 151),

Avena (2019) explica que com a edição da Lei 13.245/2016, uma parcela da doutrina passou a questionar a característica inquisitória do inquérito. Isso porque na legislação supracitada, alterando o art. 7.º, XXI, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), ficou estabelecido que o advogado tem direito de

Assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos (BRASIL, 2016).

Portanto, a inquisitorialidade do inquérito se caracteriza pela inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no curso da investigação preliminar.

3.2 A (in)aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial

O direito de defesa é um direito natural, ele indispensável para a correta administração da justiça. Negar esse direito a alguém, resulta na violação dos elementares postulados do moderno Processo Penal.

Portanto, a defesa tem como objetivo a proteção do direito do acusado de apresentar sua versão dos fatos, garantindo efetividade, com base em todos os meios de prova lícitos que forem possíveis, influenciar no seu julgamento. Destaca-se que mesmo que haja a violação de seus direitos de defesa técnica ou autodefesa, e nenhum prejuízo lhe resultar, não será necessário declarar a nulidade dos atos processuais.

O inquérito policial, bem como as outras formas de persecução penal de natureza preliminar ou prévia, é fase procedimental. Essa fase carrega grande significado e importância, tendo em vista que, nesse momento, é possível observar a obtenção de meios de provas por meio de atos que se tornam irrepetíveis.

Bonfim (2019) explica que de acordo com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, que consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa, refere-se aos “litigantes” e aos “acusados em geral”, por esse motivo não é possível aplicar tais garantias ao indiciado, tendo em vista que não há nessa fase investigativa acusação propriamente dita.

Já nas palavras de Renato Marcão

Não é correto falar em acusado nesse momento da persecução penal, e exatamente por isso não há ampla defesa, tampouco contraditório pleno nessa mesma fase, sem que disso se possa extrair violação aos respectivos princípios constitucionais, incidentes e essenciais na persecução penal em Juízo (MARCÃO, 2016, p. 97).

Mas o autor explica que não é correto dizer que não há defesa no inquérito policial, isso porque o artigo 14 do Código de Processo Penal assegura ao investigado a possibilidade de requerer diligências durante as investigações. Ainda, ao acusado é assegurado o direito de não produção de provas contra si mesmo (MARCÃO, 2016).

Ademais, mesmo havendo uma pequena possibilidade do exercício da ampla defesa, ela não é aplicada de forma integral.

Pacelli (2020, p. 543) explica que determinadas medidas devem mesmo ser tomadas sem o conhecimento e sem a participação da defesa, sob pena de inviabilização completa da persecução penal, “Mas a prova pericial deveria, sempre que possível, contar com a contribuição e a fiscalização da defesa, desde o início, para a garantia não só do contraditório, mas sobretudo da amplitude da defesa”.

Com a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, várias possibilidades se tornariam possíveis, como o direito de fazer perguntas às testemunhas e até mesmo arguir suspeição do delegado de polícia, por exemplo (BONFIM, 2019).

É importante também trazer o entendimento jurisprudencial para fundamentar o tema. A seguinte decisão do TRF - 4 é datada de 2017, em sua ementa é possível observar a afirmação relacionada a impossibilidade da aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, tendo em vista que esse procedimento é meramente informativo, como se vê:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. SEGREDO DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 1. **○ inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente informativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução penal.** 2. Admitido, em caráter excepcional e à vista das peculiaridades do caso, o acesso de terceiro, suposta vítima, ao inquérito policial, ressalvada a impossibilidade do conhecimento de documentos bancários e fiscais de terceiros e das diligências policiais em curso, cuja quebra de sigilo possa acarretar inconveniência à eficácia do procedimento investigatório. (TRF4 5008379-94.2017.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 01/06/2017)

O seguinte julgado também é do TRF – 4, data de 2019, e nela é informado que no inquérito policial há o contraditório diferido:

PENAL.CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 38 DA LEI 9605/1998. UTILIZAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE COM INFRINGÊNCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO. CONDUTA TÍPICA. PROVAS DO INQUÉRITO JUDICIAL. IRREPETIBILIDADE. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. HARMONIA COM A PROVA PRODUZIDA EM JUÍZO. CAUSA DE DIMUIÇÃO DO ARTIGO 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.605/98. INAPLICABILIDADE. DOLO COMPROVADO. [...] 2. **em relação às provas irrepetíveis, o contraditório é diferido para o momento em que os elementos são trazidos a juízo**, atendendo às garantias do devido processo legal e da ampla defesa. logo, **os documentos produzidos na fase pré-processual possuem força probatória, dada a sua irrepetibilidade e sua presunção de legitimidade**. a condenação não se deu unicamente com base em prova colhida no inquérito policial, já que também se baseou no interrogatório prestado pelo próprio apelante durante o interrogatório judicial, onde aquele admitiu que cultivava arroz a menos de 500 metros da margem do rio uruguai. 3. Inaplicável a causa de diminuição do artigo 38, parágrafo único, da lei 9.605/98, porquanto o crime foi doloso. o dolo no agir do apelante restou evidenciado, primeiramente, pelo aumento da área cultivada em área de preservação permanente, mesmo após a notificação administrativa pelo órgão de proteção ambiental; depois, pelo fato de que apelante plantava arroz na área de preservação permanente na condição de proprietário das terras dedicadas ao cultivo e não de arrendatário, conforme afirmou em juízo ao tentar eximir-se da responsabilidade penal por sua conduta. evidenciado, assim, o dolo no agir do apelante, o qual com vontade livre e consciente utilizou área de preservação permanente do rio uruguai para o cultivo de arroz irrigado com infringência, portanto, das normas de proteção ambiental. 4. Apelação improvida. (TRF4, ACR 5003492-11.2011.4.04.7103, OITAVA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 05/12/2019)

Importante, então compreender no que consiste o contraditório diferido. De acordo com a doutrina, quando é necessário a produção de provas urgentes no inquérito

policial, como o corpo de delito, por exemplo, elas deverão ser produzidas, pois não poderão ser repetidas no processo. Nesse caso, as partes poderão exercer o contraditório sobre essas provas no curso do processo, daí se fala contraditório diferido.

Emerson Silva Barbosa, delegado de polícia, defende a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial:

A eficácia jurídica da investigação deve ser o objetivo principal da autoridade que dirige a persecução extrajudicial e não a busca sem limites de uma verdade inatingível. Daí se constatar a importância do contraditório e da ampla defesa já no início da persecução penal, sob pena do Estado se voltar com toda sua força sobre o investigado ou acusado, sem lhe fraquear a possibilidade de participação efetiva no processo, desde seu nascedouro, que é a investigação preliminar (BARBOSA, 2011, p. 86).

Assim, percebe-se que existe um movimento a favor da aplicação dessas garantias constitucionais no inquérito policial, mas na prática, sabe-se que não há a aplicação, e até mesmo a jurisprudência brasileira afirma isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado no desenvolvimento do presente trabalho, quando o ofendido busca a autoridade policial buscando o início das averiguações na hipótese de existir ofensa ao bem jurídico, a autoridade fica responsável acumula todas as informações, e as regularizar, e se convencendo da existência de um crime, instaurar inquérito policial.

Assim, o inquérito policial, de acordo com a doutrina majoritária, é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, e visa a colheita de provas para apurar uma infração penal e a sua autoria.

Mas como é sabido, no processo penal o acusado tem direito a se defender, por meio das garantias constitucionais. As principais garantias processuais invocadas são o contraditório e a ampla defesa, previstas constitucionalmente. Ademais, questiona-se a aplicação dessas garantias no curso da investigação preliminar, ou seja, no inquérito policial.

Assim, como estudado, a ampla defesa e o contraditório não são aplicados no curso do inquérito policial, somente o contraditório diferido quando se trata de provas irrepetíveis. Logo, durante a investigação preliminar o investigado não pode se defender.

Isso gera muitas críticas de estudiosos do direito, pois o acusado deveria ter o direito de se defender desde o início da persecução penal: no inquérito policial. Mas para que essa possibilidade surja, o processo penal brasileiro deve passar por uma reforma, fazendo com a persecução penal como um todo seja garantista, e não só o processo penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, 2019.

BARBOSA, Emerson Silva. **O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. In: Sistema Penal & violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Volume 3, número 1, p. 74-88, janeiro/junho 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7942>. Acesso em 29 set. 2021.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 set. 2021.

BRASIL, **Decreto 4.824 de 22 de novembro de 1871**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em 29 set. 2021.

BRASIL, **Lei 8.906 de 4 de julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 29 set. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; GABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS COLETIVOS

ARIADNI CRISTINA MECENAS DE FREITAS:

Bacharel em direito pela UFG, Analista Judiciária e Assistente de Desembargador no TJGO, aprovada no Exame de Ordem - 2.016/3, especialista em Direito Constitucional e Direito Civil, ambas pela UFG. Mestranda em Direito Constitucional Econômico. Área de atuação profissional: Processual civil¹⁴.

RESUMO: Em um comparativo da Teoria da Luta de Classes de Karl Marx com a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls, busca-se analisar o papel do Estado na resolução dos conflitos fundiários coletivos rurais através da mediação e conciliação, com a finalidade de realização da justiça distributiva de reforma agrária, valorização do trabalho humano e cumprimento da função social da propriedade. Como resultado parcial da pesquisa, visualiza-se a pungente tendência do ordenamento jurídico brasileiro na criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fundiários no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, com auxílio de diversos órgãos e seguimentos da sociedade civil, para auxiliar os magistrados na mediação e conciliação desses conflitos de forma humanizada.

PALAVRAS-CHAVE: Luta de Classes. Conflitos Fundiários Coletivos. Mediação. Conciliação. Justiça Distributiva.

ABSTRACT: In a comparison of Karl Marx's Theory of Class Conflict with John Rawls's Theory of Distributive Justice, it is analyzed the conflict resolution process through mediation and conciliation, for justice distribution and agrarian reform. As a partial result of the scientific study, it appears that agrarian conflict resolution centers will be created.

KEYWORDS: Class Conflict Theory. Agrarian Conflict. Mediation and Conciliation for dispute resolution. Distributive Justice.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A TRADICIONAL LUTA DE CLASSES E A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RESOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS. 2. O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA VISÃO MARXISTA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS. 3. A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

¹⁴ E-mail: dinyfreitas@hotmail.com

DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS COLETIVOS NO BRASIL. 3.1. Conceito de mediação e conciliação como instrumentos de autocomposição dos conflitos judiciais. 3.2. Tratamento jurídico-processual da conciliação e da mediação do litígio fundiário coletivo rural. 3.3. Conciliação e mediação como instrumentos para consecução da justiça distributiva de reforma agrária. 3.4. Criação de Centros Judiciários de mediação e conciliação fundiários no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais. A experiência da justiça paranaense. 3.5. A questão da ADPF nº 828/21 e seus reflexos nos litígios fundiários coletivos rurais. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A partir da premissa de que o Estado é um importante garantidor da pacificação das lutas de classes decorrentes do modo capitalista de controle dos meios de produção e da propriedade privada, este artigo pretende demonstrar a importância da mediação e conciliação como alternativa para a solução dos conflitos fundiários coletivos sob a ótica da proteção ao trabalhador rural no contexto da ordem econômica nacional pós-neoliberalista, e como esses meios de autocomposição de conflitos podem auxiliar na consecução dos direitos humanos de acesso à valorização do trabalho humano, à terra e ao cumprimento da função social da propriedade, por meio da efetivação da política de reforma agrária.

Busca-se analisar o papel do Estado na resolução dos litígios fundiários de forma pacífica mediante a técnica da autocomposição, utilizando-se como referencial teórico Karl Marx e a sua compreensão acerca da luta de classes e a contraposição de sua teoria sob a ótica crítica de John Rawls ao capitalismo tradicional, ao defender a justiça distributiva por intermédio da democracia.

Para isso, tem-se como questionamento básico o seguinte: A conciliação e a mediação são técnicas hábeis para a composição pacífica dos conflitos fundiários coletivos rurais e para a consecução dos princípios da valorização do trabalho humano, proteção da propriedade privada e função social, com a finalidade de se realizar a justiça social e distributiva?

A hipótese a ser defendida é a de que a mediação e a conciliação dos conflitos fundiários coletivos rurais é alternativa idônea para minimizar os impactos negativos da intensa judicialização das políticas públicas de reforma agrária, além de se constituir um fator preponderante para a mudança de perspectiva do Poder Judiciário na análise dos

conflitos judiciais postos sob sua apreciação, pois aquele Poder passa a ter um papel relevante na consecução da redistribuição das terras e na promoção da justiça social.

Espera-se instigar a comunidade jurídica para a necessidade de dar ensejo ao desenvolvimento de uma nova perspectiva ideológico-normativa de efetivação das garantias constitucionais de acesso pleno à terra pela classe trabalhadora rural, cumprimento de sua função social e valorização do trabalho humano por meio da mediação e conciliação dos conflitos fundiários coletivos rurais, a fim de mitigar a tomada de decisão por parte das autoridades judiciárias de forma meramente destinada ao cumprimento dos interesses próprios privados e ilimitados dos detentores dos títulos de propriedade, no caso, a classe dominadora do sistema capitalista, na visão tradicionalista de Marx.

Por isso, este estudo está organizado da seguinte maneira: Inicialmente, para a exata compreensão da problemática, aborda-se rapidamente a tradicional luta de classes no sistema capitalista de produção e dominação da propriedade, o contexto de violência no campo e a violação ao princípio da valorização do trabalho do pequeno produtor rural como postulado da ordem econômica nacional (CF, art. 170). Em seguida, traça-se um paralelo entre a luta de classes na teoria marxista e a noção de justiça social e distributiva trazida por John Rawls, para legitimar a utilização de meios pacíficos de solução dos conflitos fundiários, quais sejam, a mediação e a conciliação, no âmbito do Poder Judiciário. Nesse ponto, serão trazidos alguns dados pertinentes levantados ao longo da pesquisa, de cunho normativo e jurisprudencial. E, ao final, defende-se a importância dos instrumentos da mediação e conciliação para efetivação da justiça social e distributiva da propriedade rural, deixando aberta a discussão no que se refere à necessidade de aprimoramento dessas técnicas para o fim de evitar que sejam utilizadas prioritariamente com a finalidade de imposição do sistema capitalista puro, ou seja, a proteção dos interesses individuais dos detentores dos títulos de domínio sem a observância da função social da propriedade.

A metodologia aplicada foi a da abordagem qualitativa, com o uso da pesquisa bibliográfica e descritiva, e técnica da documentação indireta. As fontes centrais se basearam em obras remissivas e analíticas sobre o caso, com o uso de livros, artigos e legislação relativas ao assunto.

1. A TRADICIONAL LUTA DE CLASSES E A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RESOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS.

A expressão do capitalismo, do ponto de vista tradicional marxista, é marcada pela luta de classes em um contexto de violência (física, estrutural e ideológica). Segundo Karl Marx, a luta de classes é o movimento que dá suporte às grandes revoluções da história, a fim de promover mudanças sociais[1].

De acordo com sua doutrina, esse conflito começa com o surgimento da propriedade privada dos métodos de produção após a crise do feudalismo (séc. XI), onde a sociedade passou a ser dividida entre proprietários ou burgueses, possuidores dos meios de produção e os trabalhadores ou proletariado, detentores tão somente de sua força de trabalho[2].

Essa divisão de membros em classes é possível, segundo Marx, quando determinada sociedade atinge um nível de produtividade excedente, o que motiva a abertura de espaço para o jogo político, com a formação de uma minoria que ganha poder sobre outras categorias sociais, originando-se uma segregação em razão da maior ou menor importância social de cada membro.

Nesse pórtico, a desigualdade social é aferida, tradicionalmente, pela existência de um modelo de sociedade onde a classe burguesa, que detém o direito sobre os meios de produção, traça toda a estrutura organizacional do Estado, ao passo em que as pessoas que compõem o proletariado, as quais contam apenas com sua força de trabalho, assim como as que dependem exclusivamente das políticas sociais para subsistência, são compelidas a aderirem ao modelo de governo construída a partir dos interesses da classe dominante[3].

Nessa tradicional luta de classes referente à execução das políticas fundiárias e de reforma agrária, no Brasil, o processo de expansão do capitalismo revela uma estrutura que privilegia os grandes proprietários de terras e empresariado rural em detrimento da comunidade tradicional (camponeses, ribeirinhos, povos indígenas, quilombolas e demais trabalhadores rurais), situação que culminou, historicamente, em um quadro marcado por intensa violência no campo, em razão das expropriações e exploração desses povos[4].

No Brasil, apesar da forte influência neoliberalista imposta após a retomada do poder democrático e derrubada da ditadura militar em 1985, que culminou na mínima intervenção do Estado na execução das políticas econômicas com vias à autorregulação do mercado para impulsionamento da economia em contraposição ao estado de bem-estar social idealizado após a crise econômica mundial de 1929, é lícito dizer que a atual ordem

econômica brasileira advinda após a Constituição de 1988 é composta por um modelo misto, essencialmente capitalista de Estado, com forte influência socialista.

Isto decorre em razão do acentuado intervencionismo estatal nas políticas econômicas e sociais, pois há a consagração e um mandamento implícito de otimização de diversos direitos e garantias inerentes à dignidade humana sob a ótica econômica, a exemplo da valorização do trabalho humano e função social da propriedade (CF, art. 170).

Nesse passo, a partir da Constituição de 1988 reacendeu-se o debate acerca da necessidade de realização da justiça social e distributiva de terras por meio de uma acentuada intervenção do Estado na mediação e conciliação desses conflitos, que se intensifica com a multiplicação dos litígios fundiários ao longo da história de expansão do capitalismo no Brasil, em virtude da expulsão dos trabalhadores rurais de suas terras, em consequência da expansão do capitalismo.

2. O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA VISÃO MARXISTA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PENSAMENTO DE JOHN RALWS.

O conceito de justiça distributiva remonta a Aristóteles, que a distinguia da justiça comutativa ou corretiva, ambas baseadas no princípio da igualdade. A distributiva era fundada na recompensa proporcional aos méritos de cada um e a comutativa era independente do mérito individual, mas proporcional ao dano causado pela injúria.[5]

A definição moderna de justiça distributiva, entretanto, invoca o Estado como garantidor de que a propriedade seja distribuída para todas as pessoas de forma que, se o mercado não for capaz de garantir uma distribuição adequada dos bens gerados pela sociedade, o Estado poderá intervir na distribuição de parte desses bens, em nome da equidade[6].

Karl Marx, no que se refere à execução da justiça social ou distributiva, não a nega, mas a restringe às questões humanitárias de beneficência aos mais pobres, ao compreender que a desigualdade seria um fruto da própria civilização, especificamente da propriedade privada gerada pelo capitalismo, e que para a consecução de um ideal distributivo pleno seria necessário o retorno às condições anteriores ao início da civilização, por meio da revolução[7].

Para Tucker, uma justiça distributiva ideal é algo destoante do pensamento de Marx, uma vez que o marxismo não considera o capitalismo injusto, assim como não há, para ele,

um padrão superior de justiça, mas um padrão de distribuição em cada modo de produção, dentro de um sistema que define o que são consideradas “equidade” e “justiça”.^[8]

Segundo Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais, em sua tese de mestrado apresentada junto à Universidade Católica de Minas Gerais^[9], Karl Marx não pode ser considerado um defensor da justiça distributiva, apesar das críticas às desigualdades, pois somente o comunismo traria distribuição de bens.

Em contrapartida, John Rawls, filósofo estadunidense, gera a noção de justiça por meio do conceito de reciprocidade social e igualitarismo democrático. Para ele, as instituições sociais devem ser estruturadas para o fim de produzirem benefício aos menos favorecidos, mesmo no âmbito do sistema capitalista^[10].

No que se refere especificamente ao acesso à justiça, Rawls o define como um dos elementos necessários ao conceito de justiça distributiva, tendo como objetivo a efetivação de uma realidade jurídica e social mais igualitária, como acepção do Estado Democrático de Direito.

É nessa ordem de ideias que se visualiza a problemática posta sob apreciação no presente estudo: aspectos sociais, econômicos, culturais, psicológicos, jurídicos e procedimentais, fazem com que o acesso à justiça, seja material ou formal, torne-se inadequado e ineficiente aos trabalhadores rurais e comunidades tradicionais que são compelidas a litigar para proteger suas posses de terras e seu trabalho rural.

Nos dizeres de Calmon de Passos, *“a deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização”*.^[11]

Para ele, a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas é mais cara aos cidadãos economicamente hipossuficientes, *“o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça”*.^[12]

Acrescenta o referido autor que essa vitimização pode ser tripla, na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.^[13]

Trazendo tais premissas ao tema vertente, importante registrar que, de fato, a primeira instância dos Tribunais de Justiça é a porta de entrada das ações possessórias de natureza coletiva, que trazem consigo significativa repercussão social e exigem do julgador o exame do conflito social de fundo, que envolve outros direitos, sendo os principais deles a valorização do trabalho humano, o acesso à terra e a função social da propriedade.

Diante dessas premissas, o ideal de justiça social redistributiva construído ao longo da história, no Brasil, se mostra cada vez mais longe de ser conquistado, o que impõe que a justiça intensifique a utilização dos instrumentos de solução pacífica dos conflitos fundiários coletivos rurais, quais sejam, a mediação e conciliação.

3. A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS COLETIVOS NO BRASIL.

3.1. Conceito de Mediação e Conciliação como instrumentos de autocomposição dos conflitos judiciais.

No atual sistema processual vigente, as formas de resolução de conflitos podem se dividir em autocompositivas e heterocompositivas. Autocompositivas, quando o conflito é decidido pelas próprias partes e heterocompositivas quando a decisão é tomada por um terceiro, como o Juiz de Direito.

Dentre as formas autocompositivas previstas no Código de Processo Civil de 2015 estão a mediação e a conciliação. A mediação pode ser definida como uma negociação indireta, facilitada ou estimulada por um terceiro. As partes em litígio são auxiliadas por essa terceira pessoa, neutra e imparcial, que facilita a negociação, capacitando-as a compreender suas posições e a encontrar soluções que se coadunem com suas necessidades.

Já a conciliação se trata de um método autocompositivo de negociação indireta em que o conciliador atua de forma mais ativa, em conflitos pontuais, sugerindo soluções e possíveis acordos em casos nos quais não exista nenhum relacionamento jurídico anterior entre as partes^[14].

3.2. Tratamento jurídico-processual da Conciliação e da Mediação do litígio fundiário coletivo rural.

Em razão da inexistência de varas judiciais especializadas na maior parte do país, a postura do judiciário, frente aos casos de conflitos agrários coletivos era, em um passado

muito recente, de inércia com relação à garantia dos direitos humanos e sociais. Uma vez que a maioria dos casos são ajuizados por proprietários de terras que pretendem ter sua posse reintegrada, o judiciário tendia a se limitar a analisar as questões postas em juízo sob a ótica do interesse individual, denominando os assentados como esbulhadores e, portanto, criminosos, descurando da necessidade de efetivação das políticas de reforma agrária.

Em 2015 o legislador inovou ao trazer para a esfera processual a ordem para que os agentes de justiça priorizem a autocomposição dos litígios em sobreposição à cultura da sentença (art. 3º, §4 e 335, CPC). Inovou também ao disciplinar a tutela coletiva da posse, com destaque para a busca de solução consensual em audiência de mediação que deve ser designada quando o esbulho houver ocorrido há mais de ano e dia (art. 565 c/c art. 8º, do CPC).

Com o advento do Código de Processo Civil, em 2015, é clara a intenção de inserir as partes em ambiente de diálogo para que encontrem alternativas que não passem necessariamente pela reintegração ou despejo forçados. Nesse viés, a mediação e a conciliação tem o condão de evitar diversas situações de violação de direitos, ocasião em que outros importantes atores poderão contribuir e para isso devem ser chamados: Ministério Público, Defensoria Pública, movimentos sociais, o Município onde se localiza o imóvel, bem como os órgãos de assistência social, dentre outros.

Trata-se da consagração do pluralismo jurídico, já que o judiciário não pode ser estanque e deve admitir a intervenção de diversos seguimentos da sociedade, utilizando-se dos referidos instrumentos consensuais de solução de litígios.

3.3. Conciliação e Mediação como instrumentos para consecução da justiça distributiva de reforma agrária.

Como bem delineado no tópico anterior, o Código de Processo Civil (Lei nº 11.105/06) deu sobrelevado valor à mediação e à conciliação, direcionando o ordenamento jurídico para uma cultura de pacificação social.

A título de exemplificação, se pode, inclusive, dentro de uma ação possessória, resolver questões estranhas ao processo (art. 515, §2º). É possível, por exemplo, em uma sessão de mediação ou conciliação, resolver três demandas de uma só vez: a ação possessória ajuizada pelo proprietário, a ação de desapropriação ajuizada pelo INCRA e a

ação declaratória de produtividade, que normalmente impede o prosseguimento a ação de desapropriação.

Nessa ordem de ideias, é dever do Estado garantir a estes cidadãos, integrantes das ocupações coletivas, o amplo acesso à justiça, mas não somente à justiça tradicional, conhecida em razão de seus diversos entraves jurídicos e burocracias, e sim uma justiça adequada, que garanta a igualdade material entre os sujeitos processuais, bem como o direito ao autorregramento da vontade, através da criação de instrumentos que possibilitem a ampla negociação dos direitos postos em juízo.

Pesquisas realizadas em território nacional pelo Ministério da Justiça demonstram que a prática da mediação dos conflitos agrários no campo se mostram extremamente positivas, a exemplo do trabalho desenvolvido pelo Ministério da Justiça, onde constam diversos dados nesse sentido, colhidos no ano de 2.013^[15].

De acordo com o referido documento, à guiza de exemplificação, temos os seguintes casos emblemáticos onde a mediação surtiu ou poderia ter surtido efeitos positivos, evitando diversas situações de violência no campo, além de evitar decisões judiciais baseadas em simples análise privatista: 1. Conflito Fundiário Camponês: Caso da Fazenda Santa Filomena - Acampamento Elias de Meura - Estado do Paraná, 2. Conflito Fundiário Quilombola: Caso da Comunidade Quilombola Manoel Siriaco - Estado do Paraná, 3. Conflito Fundiário Indígena - Caso da Terra Indígena Maró - Gleba Nova Olinda I, Santarém - Estado do Pará^[16].

Com base nos dados acima expostos, verifica-se que a experiência de mediação dos conflitos no campo pode resolver diversos processos que demandariam dezenas de anos e intensa movimentação da máquina judiciária. E mais, com a efetiva colaboração do Poder Executivo, através de seus órgãos responsáveis pela reforma agrária, mesmo que não se chegue à resolução total do conflito, pode-se cogitar em acordos de convivência entre proprietários e trabalhadores rurais, calendários processuais para a celeridade do processo (art. 191 do CPC), acordos de desocupação voluntária a fim de evitar a violência, dentre tantas outras práticas processuais benéficas.

3.4. Criação de Centros Judiciários de Mediação e Conciliação Fundiários no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais. A experiência da Justiça Paranaense.

Para a consecução do ideal retributivo e de justiça social que permeia o presente trabalho, o Judiciário não pode permanecer estanque, mas deve contar, nas sessões de

mediação e conciliação, com o apoio de órgãos como o INCRA, Ouvidoria Agrária, Ministério Público, Comissão Estadual de Conflitos Fundiários, até a criação de centros especializados para conciliação e mediação de conflitos fundiários no âmbito do Poder Judiciário (CEJUSC) (CPC, art. 165).

Tal criação pressupõe a capacitação de profissionais de diversas áreas, tais como assistentes sociais, psicólogos, líderes de movimentos sociais, dentre outros, que possam compreender a complexidade estrutural do conflito, reconhecer suas múltiplas dimensões de sujeitos, agentes e interesses públicos e privados, direitos fundamentais, órgãos e políticas públicas implicadas, tudo isso a fim de tornar mais eficazes as técnicas de mediação.

Recentemente, em 2019, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em um pioneirismo digno de aplausos, criou a Comissão de Conflitos Fundiários, composta por três desembargadores e três juízes de direito, com o objetivo de evitar o uso de força pública no cumprimento de mandados de reintegração/desocupação e minimizar os efeitos prejudiciais das desocupações, mormente no que diz respeito à violação de direitos das pessoas com vulnerabilidade social reconhecida.

Para tanto, a Comissão atua na busca de solução para esses conflitos por meio de técnicas de mediação com as partes envolvidas, destacando-se dentre as suas atividades as visitas técnicas às ocupações e a intensa interlocução com as partes, órgãos de Estado e os movimentos sociais.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) Fundiários, cuja finalidade é a realização de audiências de mediação ou conciliação em ações que envolvem conflitos em que litigam grupos de pessoas vulneráveis, com ou sem liderança organizada, cuja ocupação de área urbana ou rural é causadora de relevante impacto ambiental, social, urbanístico, e econômico.

Com base nas ponderações contidas em nota técnica emitida pela referida Comissão^[17], esta sugere a adoção, pelo Poder Judiciário, de diversas medidas a fim de garantir a dignidade humana dos ocupantes da terra, voltados a minimizar o impacto social do eventual cumprimento de ordens de desocupação, ressaltando, inclusive, que em alguns casos, há completa impossibilidade de cumprimento das ordens judiciais, de forma que cabe ao judiciário converter a medida em perdas e danos:

Em determinados casos e diante da consolidação da ocupação, o cumprimento da ordem judicial de reintegração de posse, muito embora contemple o interesse da parte autora, se dará mediante o sacrifício de outros direitos e às custas de graves danos às muitas famílias que há anos, por vezes décadas, construíram suas vidas na área. Conclui-se, assim, pela completa inviabilidade da reintegração e pela prevalência do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana. Impossibilitada a execução específica de eventual ordem de reintegração, ao magistrado cumpre lançar mão de tutela alternativa e materialmente possível, no caso as perdas e danos (art. 499, do CPC). Além disso, em qualquer fase processual é possível averiguar a possibilidade de desapropriação, aquisição da área pelo Estado ou pelo Município onde ela se localiza - com a manutenção dos ocupantes no local e posterior regularização fundiária -, aquisição da área, loteada ou não, pelos próprios ocupantes, doação de parte ou da integralidade da área pelo proprietário, entre outras saídas.

Aqui está o ponto central do presente estudo: A luta da classe trabalhadora rural, parafraseando Marx, encontra um terreno fértil para resolução do problema intensa judicialização das políticas públicas de reforma agrária, em uma tendência de cumprimento ao ideal de justiça distributiva.

Com a transformação das ordens de desapropriação em perdas e danos aos proprietários rurais, em casos onde se visualiza uma afronta humanitária aos direitos fundamentais e sociais dos que estão ali alojados, poderia se cogitar em uma eficaz consecução da política de reforma agrária por meio do judiciário.

Entretanto, tal cenário ainda resulta instável, pois a medida que pode fulminar o direito de propriedade, tal como construído no sistema capitalista de produção, além de se tratar de uma mera orientação ao poder judiciário paranaense.

3.5. A questão da ADPF nº 828/21 e a seus reflexos nos litígios fundiários coletivos rurais.

A experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na criação de CEJUSCs fundiários para mediação dos conflitos rurais coletivos ganha relevo com a recente determinação do Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, em 31.01.2022, no âmbito de medida cautelar ajuizada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

(ADPF) 828/21, onde determinou um regime de transição a ser adotado após quase um ano e meio de proibição das desocupações dos imóveis determinada pela Lei nº 14.216/21, que estabeleceu a suspensão de ordens de despejo de imóveis urbanos no contexto da Pandemia Covid-19.

Muito embora a ADPF 828/21 se restrinja aos limites da mencionada lei, que trata apenas dos despejos em imóveis urbanos, o ministro determinou a todos os Tribunais de Justiça que instalem, imediatamente, comissões de conflitos fundiários que sirvam de apoio aos juízes, também no âmbito dos conflitos fundiários coletivos rurais.

Segundo o ministro, o Tribunal de Justiça do Paraná desenvolveu um modelo bem sucedido de comissão, que deve ser exemplo para outros tribunais. Ele destacou que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) poderá atuar como órgão de consultoria e capacitação para essas comissões.

Veja-se, por oportuno, trecho da decisão:

As Comissões de Conflitos Fundiários deverão ser instaladas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, imediatamente, com o objetivo de mediar conflitos fundiários de natureza coletiva, rurais ou urbanos, de modo a evitar o uso da força pública no cumprimento de mandados de reintegração de posse ou de despejo e (r)estabelecer o diálogo entre as partes. As comissões poderão atuar em qualquer fase do litígio, inclusive antes da instauração do processo judicial ou após o seu trânsito em julgado, para minimizar os efeitos traumáticos das desocupações, notadamente no que diz respeito às pessoas de vulnerabilidade social reconhecida. (...) De acordo com a legislação processual, nos litígios coletivos pela posse de imóveis em que a ocupação tiver se iniciado há mais de um ano, o juiz deverá designar audiência de mediação (art. 565, CPC[12]). Dado o volume de trabalho de magistrados de primeira instância, a mediação deverá ser realizada pelas comissões de conflitos fundiários, constituindo etapa essencial e anterior às desocupações coletivas, inclusive em relação àquelas cujos mandados aguardavam cumprimento (ou se encontravam suspensos em razão da cautelar deferida nesses autos).[18]

Consigne-se que, em 02.11.2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal formou maioria para referendar a decisão do Ministro Luiz Roberto Barroso, para que os tribunais que tratam de casos de reintegração de posse instalem comissões para mediar eventuais despejos antes de qualquer decisão judicial^[19].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta da classe trabalhadora rural, parafraseando Marx, encontra na mediação e conciliação um terreno fértil para resolução do problema intensa judicialização das políticas públicas de reforma agrária, em uma tendência de cumprimento ao ideal de justiça distributiva.

Com a criação das Comissões de Resolução de Conflitos Fundiários e dos CEJUSCs, e a intensificação da determinação de audiências de mediação e conciliação com participação dos diversos seguimentos sociais de efetivação da reforma agrária será possível que o litígio fundiário coletivo rural seja resolvido com uma finalidade mais humanística.

As pesquisas documentais e bibliográficas realizadas demonstram que as técnicas de mediação e conciliação resultam positivas em diversos aspectos, tanto para evitar situações de violências nas desocupações judiciais, tanto para abrir um cenário propício à manutenção das famílias e comunidades nas terras litigiosas.

A sugestão de transformação das ordens de desapropriação em perdas e danos aos proprietários rurais, constante na Nota Técnica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cujo modelo foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como direcionamento para atuação dos demais Tribunais sigam, torna possível a efetivação da política de reforma agrária por meio do judiciário em casos onde se visualiza uma afronta humanitária aos direitos fundamentais e sociais da coletividade que está alojada nas propriedades em litígio.

Entretanto, tal cenário ainda resulta instável, pois se trata de uma mera orientação de posicionamento judicial, além de ser medida que pode fulminar o conceito de propriedade, tal qual construído no sistema capitalista de produção.

Se a Constituição de 1988 garante o direito do proprietário que cumpre a função social, é certo que não há que se falar no afastamento das regras ordinárias de análise da posse e propriedade. Referida instigação, contudo, deve ser analisada em cada caso

concreto, com base nos elementos probatórios existentes e na aferição da justiça material comutativa, de dar o direito a quem deve ser dado, de acordo com a lei posta.

Tal conclusão não configura uma contradição; pelo contrário, demonstra que o ideal de justiça distributiva deve sim ser efetivado pelo Poder Judiciário, mas dentro dos limites do ordenamento jurídico, tendo como vetor a hierarquia das normas, com supremacia das disposições constitucionais (direito de propriedade, função social da propriedade, valorização do trabalho humano e política de reforma agrária) às infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf, acesso em 15.11.2022.

BRASIL. Lei nº 14.216, de 07 de outubro de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14216.htm>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Planalto. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15.11.2022.

BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: out. 2022.

CALMON DE PASSOS, J.J. *O problema do Acesso à justiça no Brasil*. Revista de Processo, nº 39, julho-setembro de 1985, p. 84 apud CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: EDUFMT, 2002.

FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf, acesso em 15.11.2022.

GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes. INÁCIO, Hiálida Fernandes. Questão Agrária e Cartografia dos Assentamentos Rurais no Oeste Goiano, Goiás. Disponível em <https://revista.ueg.br/index.php/sapiencia/article/view/8200/5742#>.; acesso em 15.11.2022.

JIMENEZ, Susana Vasconcelos. RABELO, Jackline. *Trabalho, Educação e Luta de Classes*. a pesquisa em defesa da história. Brasil Tropical, 2004, ISBN 9788586278.

Justiça Multiportas: você conhece as diferenças entre as formas de solucionar conflitos? Sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2022.. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/66577#.Y3RDS8vMLIV>. Acesso em: 15.11.2022.

LOSURDO. Domenico Boitempo. *A luta de Classes. Uma história política e Filosófica*. Editorial, 2015, ISBN 9788575594551.

Ministério da Justiça. *Casos Emblemáticos e Experiências de Mediação: Análise para uma Cultura de Soluções Alternativas de Conflitos Fundiários Rurais*. Coord. Prof. Dr. Carlos Frederico Marés e Prof; Dr. Sérgio Sauer.; Antonio Escrivão Filho; Darci Frigo e Fernando Gallardo Vieira Prioste. Brasília: Terra de Direitos, 2014.

RALWS, John. *Justicia Distributiva*. Estudios Públicos. Santiago, n. 24, 1986.

TJPR. *Nota Técnica 01/2022 da Comissão de Conflitos Fundiários do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Disponível em: https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/NOTA_TECNICA_-_CCF.pdf. Acesso em 15.11.2022.

TUCKER, R. *Filosofia e mito em Karl Marx*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 22.

NOTAS:

[1]LOSURDO. Domenico Boitempo. *A luta de Classes. Uma história política e Filosófica*. Editorial, 2015, ISBN 9788575594551.

[2]JIMENEZ, Susana Vasconcelos. RABELO, Jackline. *Trabalho, Educação e Luta de Classes*. a pesquisa em defesa da história. Brasil Tropical, 2004, ISBN 9788586278.

[3]Idem.

[4]GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes. INÁCIO, Hiálida Fernandes. Questão Agrária e Cartografia dos Assentamentos Rurais no Oeste Goiano, Goiás. Disponível em <https://revista.ueg.br/index.php/sapiencia/article/view/8200/5742#>., acesso em 15.11.2022.

[5]ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf, acesso em 15.11.2022.

[6]FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf, acesso em 15.11.2022.

[7]idem

[8]TUCKER, R. Filosofia e mito em Karl Marx. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 22.

[9]Ob cit.

[10]RALWS, John. *Justicia Distributiva*. Estudios Públicos. Santiago, n. 24, 1986, p. 53-90.

[11]CALMON DE PASSOS, J.J. O problema do Acesso à justiça no Brasil. Revista de Processo, nº 39, julho-setembro de 1985, p. 84 apud CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: EDUFMT, 2002, p. 91.

[12]Ob cit.

[13]Ob cit.

[14]*Justiça Multiportas: você conhece as diferenças entre as formas de solucionar conflitos?* Sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2022.. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/66577#.Y3RDS8vMLIV>. Acesso em: 15.11.2022.

[15]Ministério da Justiça. *Casos Emblemáticos e Experiências de Mediação: Análise para uma Cultura de Soluções Alternativas de Conflitos Fundiários Rurais*. Coord. Prof. Dr. Carlos Frederico Marés e Prof; Dr. Sérgio Sauer.; Antonio Escrivão Filho; Darci Frigo e Fernando Gallardo Vieira Prioste. Brasília: Terra de Direitos, 2014, p. 152.

[16]idem

[17]TJPR. Nota Técnica 01/2022 da Comissão de Conflitos Fundiários do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: [https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/NOTA_TECNICA - CCF.pdf](https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/NOTA_TECNICA_-_CCF.pdf). Acesso em 15.11.2022.

[18]STF. BARROSO, Luiz Roberto. Decisão Judicial na Medida Cautelar na ADPF nº 828/21. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ComissesADPF828.pdf>, acesso em 15.11.2022.

[19]STF forma maioria para referendar transição da retomada de desocupações. Sítio da Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-02/stf-forma-maioria-transicao-retomada-desocupacoes>. Acesso em 15.11.2022.

ADOÇÃO À BRASILEIRA: UM ATO DE AMOR OU CRIME?

FILIPE DINIZ PEDROSA:
Acadêmico do Curso de
Direito da UNA Betim¹⁵.

RESUMO: Registrar uma criança a qual não foi gerada em seu ventre sem passar por todo processo legal instituído na constituição brasileira é um ato ilegal. Um questionamento comum entre as pessoas é se o ato citado pode ser considerado um ato infracional ou um ato de amor. A conduta de adotar de forma irregular configura-se crime e está previsto no artigo 242 do Código Penal – a Lei nº2.848/1940. Esta modalidade de adoção, considerada ilegal, vem crescendo gradativamente no país, por ser menos burocrática, diferentemente da adoção legal que possui um processo rígido e demorado. Neste artigo, serão apresentados índices e reflexões sobre a recorrência desse ato em nossa sociedade e quais as dificuldades em realizar o processo da forma correta e legal. A metodologia utilizada será bibliográfica onde pretende-se, através de pesquisa, problematizar os meios legais para adoção e mostrar que a adoção ilícita, em partes, poderia ser uma forma de constituir-se uma família em um ato de amor.

Palavras-Chave: Adoção. Violação do Código Penal. Direito de Família.

ABSTRACT: Registering a child who was not generated in your womb without going through all the legal process established in the Brazilian constitution is an illegal act. A common question among people is whether the aforementioned act can be considered an infraction or an act of love. The conduct of adopting in an irregular manner is a crime and is provided for in Article 242 of the Penal Code – Law No. 2,848/1940. This type of adoption, considered illegal, has been gradually growing in the country, as it is less bureaucratic, unlike legal adoption, which has a rigid and time-consuming process. In this article, indexes and reflections will be presented on the recurrence of this act in our society and the difficulties in carrying out the process correctly and legally. The methodology used will be bibliographical where it is intended, through research, to problematize the legal means for adoption and to show that the illicit adoption, in parts, could be a way to constitute a family in an act of love.

Keywords: Adoption. Violation of the Penal Code. Family right.

INTRODUÇÃO

¹⁵ E-mail: filipedinizpedrosa@gmail.com

O processo de adoção no Brasil é bastante rígido e demorado, devido à importância de se estudar e se conhecer bem os candidatos que se tornarão responsáveis pelo menor envolvido. Em razão dessa burocratização, no que tange ao processo de adoção, muitos casais acabam praticando o ato da 'adoção à brasileira', que, apesar, de ser uma adoção fora dos padrões autorizados pela constituição brasileira, encurta o caminho a ser traçado até finalizar o ato de adoção.

Embora o ato seja considerado como algo ilegal, é necessário considerar todos os benefícios trazidos à criança e ao adolescente adotado, que se encontra sem um ambiente familiar propício para seu desenvolvimento. Um dos levantamentos apresentados neste trabalho é mostrar que por trás deste ato ilícito que a adoção à brasileira, também podemos vê-la como um ato de amor considerando o bem-estar do menor envolvido, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé e a adequação social ofertada na adoção.

Em análise a situações de conhecimento presenciados em nosso dia a dia, vivenciamos situações em que os genitores da criança não apresentam condições físicas, psicológicas, financeiras ou até mesmo sociais de criar uma criança. Assim, algum outro membro da família, com objetivo de proporcionar os direitos básicos de uma criança, ofertam abrigo, roupa, alimento e amor para a criança abandonada pelos genitores, sem ter ciência se que seu ato genuíno e admirado por muitos, trata-se de uma inflação a constituição do nosso país.

Assim, conclui-se que casos como os citados acima devem ser louvados, apoiados e amparados de alguma forma a ser tratado como algo legal. É preciso, dentro da constituição e da legalidade, adaptar-se formas que permitam a execução deste ato de amor tendo como princípio a integridade física da criança ou do adolescente envolvido, visando que o mesmo é o único e exclusivo beneficiado deste ato.

1. O AMOR POR TRÁS DO CRIME

O código penal não oferece uma definição exata do termo crime, apenas se refere na Lei de introdução ao Código Penal 3.914/41 que, o crime quando praticado, deve ser punido com pena de reclusão, detenção, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, conforme exposto em seu artigo 1º:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Porém, alguns autores estabelecem entendimentos que conceituam o crime como uma ação típica, ilícita e culpável, nesse sentido afirma o autor Rogério Greco:

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância. (GRECO, 2012, p. 142).

Por sua vez, existem doutrinadores que definem o conceito crime de uma forma mais objetiva, como por exemplo, Ricardo Antônio Andreucci que traz uma noção simplificada classificando o crime da seguinte forma:

O crime pode ser conceituado sob o aspecto material (considerando o conteúdo do fato punível), sob o aspecto formal e sob o aspecto analítico. Conceito material de crime. Violação de um bem penalmente protegido. Conceito formal de crime. Conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal. Conceito analítico de crime: fato típico, antijurídico e culpável. (ANDREUCCI, 2010, p. 71).

Assim, diante os conceitos apresentados, não existe uma definição exata do termo crime na legislação brasileira, sendo esse conceito formado por entendimentos doutrinários, portanto, por se tratar de pensamentos e opiniões de autores distintos, nunca haverá apenas uma definição para a palavra crime, e sim uma grande maioria de autores que entendem que crime é uma conduta ilícita, típica e cabível de punição.

Como as demais coisas, o conceito de família foi atualizado ao longo dos anos. Amor é um sentimento de carinho e demonstração de afeto que se desenvolve entre seres que possuem a capacidade de o demonstrar.

Segundo Calderón (2017, p. 32) a sociedade aos poucos passou a adotar o aspecto afetivo como suficiente, sendo um dos fatores de maior relevância para adoção. Através deste olhar, é possível perceber a centralidade que a afetividade assumiu em grande parte dos relacionamentos.

Foi de tal ordem a alteração que resta possível afirmar que houve uma verdadeira transição paradigmática na família brasileira contemporânea, pela qual a afetividade assumiu o papel de vetor destas relações.

Dessa forma, se faz necessário analisar a adoção à brasileira além da ilegalidade, mas como uma prática que envolve amor, afeto, interesse da criança e a vontade de constituir uma família que na maioria das situações se torna um processo doloroso diante todas as formalidades impostas pelo judiciário.

2. ADOÇÃO DO ÂNGULO LEGAL

Atualmente, existe um programa chamado 'Cadastro Nacional de Adoção' (CNA), criado em 2008, sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo como principal função manter atualizado os dados de pessoas habilitadas e de crianças disponíveis para adoção no país. Segundo o art. 50, § 13, incisos I, II e III da Lei 8.069/90, somente será possível a adoção para os candidatos inscritos e aprovados no CNA, com exceção de apenas três situações previstas, que são: I- – Se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III- O pedido seja de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

Para dar abertura ao processo de adoção, é necessário ter idade mínima de 18 anos e dirigir-se à Vara de Infância e Juventude da sua cidade e apresentem todos os documentos solicitados. Após análise dos documentos apresentados pela parte interessada em adotar uma criança ou adolescente, eles passam por uma das fases mais importantes e esperadas pelos postulantes à adoção, que serão avaliados por uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário. O objetivo desse processo é conhecer as motivações e expectativas dos candidatos à adoção; analisar a realidade sociofamiliar; avaliar, por meio de uma criteriosa análise, se o postulante à adoção pode vir a receber criança/adolescente na condição de filho; identificar qual lugar ela ocupará na dinâmica familiar, bem como orientar os postulantes sobre o processo adotivo.

Todo esse procedimento está disposto no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que visa aperfeiçoar e agilizar o sistema jurídico brasileiro.

Para que o processo de adoção seja efetivado, em sua grande maioria, demora anos. É necessário que se cumpra todas as etapas de forma cautelosa, respeitando todas as regras impostas pela legislação, correndo o risco de ser indeferido o pedido no final por descumprimento ou incompatibilidade com o perfil da família e da criança.

Na intenção de evitar a demora e o risco do pedido ser indeferido, muitas pessoas decidem adotar o meio menos burocrático e mais rápido, porém ilegal, que é a adoção à brasileira.

Um dos pontos analisados durante o processo de adoção é a garantia dos direitos da criança e do adolescente perante a lei. Sabemos que durante o processo de adoção, a parte principal é a criança. Pensando apenas pelo processo legal de adoção, a adoção à brasileira é um ato ilegal cabível de penalidade ou não. O que pode acontecer em alguns casos, quando se trata da penalidade, é analisarmos apenas a parte ilegal do ato cometido pelo adulto, deixando de lado, muitas vezes, os direitos da criança assegurados por lei.

Neste sentido, encontra-se previsto no artigo 227, caput, da Constituição Federal:

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); (BRASIL, 1988).

E a Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê:

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

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990).

A escolha de adotar vai além de apenas respeitar o regramento jurídico. O ato envolve sentimento de amor, vontade de constituir uma família, condições de proporcionar a criança uma vida melhor do que a ofertada no lar de seus genitores ou do lar em que foi abrigado conforme definição judicial, dando a ela a esperança de ser amada e cuidada por uma família que está pronta para conceder esses benefícios. Embora a “Adoção à Brasileira” não seja um ato legalizado, não indica que aqueles que optam por esse meio de adoção não estão aptos para proporcionar todos estes privilégios ao adotado.

Vale ressaltar que a criança deve ser sempre o centro desse processo, ou seja, o principal beneficiado no ato da adoção, e que, apesar da boa fé do adotante, ao registrar filho alheio como seu filho, buscando possibilitar melhorias na qualidade de vida da criança, esse ato é tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê uma pena como sanção pela conduta ilícita.

Porém, a nova lei 12.010/09 que trata especificamente da Adoção, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, prioriza o vínculo afetivo, visando garantir o direito a convivência familiar do menor, pois considera-se o princípio constitucional do melhor interesse da criança que afirma que uma família pode ser constituída através dos laços de afetividade.

2.1 ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL

Em 1981, após alteração do Código Penal Brasileiro, a conduta descrita no artigo 242, previa em sua íntegra o crime de parto suposto, considerando que o termo citado se tratava de uma penalidade sendo descrita com o texto: “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.” No mesmo artigo descrito, ao citar as penalidades do ato, vemos que ele possibilita a redução ou não aplicação da pena se reconhecido o motivo de nobreza por trás do ato inflacionário.

Antes da alteração citada, o crime se dava através do artigo 299 do Código Penal que, consiste na prática de falsidade ideológica em assentamento do registro civil. Porém, como em alguns casos a prática era realizada sem intenção de burlar a legislação, ou seja, com inexistência do dolo, subjetivo exigido pelo artigo 299, houve a alteração do artigo 242 que apresenta a possibilidade de perdão judicial: “Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”. (BRASIL, 1981.)

2.2 ECA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao realizar leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente nos deparamos com o artigo 20 que assegura que todos as crianças ou adolescente, “filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Estatuto da criança e do adolescente, Art. 20. Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária)

Por outro lado, a retirada dos protegidos de seus adotantes, após a criação de laços afetivos, poderá ferir alguns princípios fundamentais que lhes são de direito, possivelmente ocasionando prejuízos irreparáveis em suas vidas.

Desse modo, em casos de adoção à brasileira, deverá ser discutido se a manutenção dos protegidos junto aos adotantes é a melhor situação para estes, devendo se buscar equilíbrio para solucionar o conflito citado.

Segundo o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Se de acordo com o próprio ECA que é o que rege o direito, ou seja, o que seria o melhor para a criança e para o adolescente, diz que a adoção deverá ser deferida a partir das vantagens para o adotante, não temos porquê deixar que toda legalidade e burocracia por trás da adoção sobreponha o valor do amor entre o adotante e o adotado. Ao tirar a criança da família que o acolheu através de um ato de amor, considerado crime perante nossa constituição, também estaríamos indo contra os direitos também regidos pelo ECA.

Sendo assim, é inegável que mesmo a criança ou o adolescente sendo plenamente ou relativamente incapaz, isso não afasta a aplicabilidade de seus direitos, devendo estes serem zelados pelo Estado, pela família e a sociedade que tem o dever de garantir que o menor tenha a faculdade de manifestar seu interesse, assim como, que seus direitos sejam preservados e aplicados para que ocorra a manutenção de sua dignidade humana enquanto menor.

3 CASOS NO BRASIL

No Brasil, o processo de adoção ganhou uma data comemorativa no ano de 2002, 25 de maio. Desde então, em todos os anos, nesta mesma data, comemora-se o “Dia Nacional da Adoção”. A celebração tem objetivo baseado no Estatuto da Criança e do Adolescente, com intuito de promover debates e conscientizar a sociedade sobre o direito de crianças e jovens à convivência familiar e comunitária com dignidade.

Em consulta aos dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em novembro de 2022, existem 30.903 crianças e adolescentes abrigados em casas de acolhimento e instituições públicas no Brasil. Dentro desse quantitativo, 4.271 crianças e adolescentes já estão preparados para serem acolhidos por uma nova família em um novo lar. Jovens com sonho de ter nessa nova família um lar cheio de amor e afeto.

Por outro lado, temos quase 33 mil pretendentes disponíveis para adoção. Em uma conta simples, é possível identificar que o número de crianças e adolescentes prontos para adoção é mais que suficiente para atender todos os adultos candidatos a ser a família dos mesmos. O que acontece, é que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, dentre essas mais de 4 mil crianças e adolescentes prontos para adoção, sua grande maioria

encontra-se com idade superior a 10 anos, o que não corresponde ao percentual de adultos interessados em adotar crianças acima dessa faixa etária.

Já vimos claramente que o Código Penal, em seu artigo 242º, considera a prática da adoção à brasileira como uma conduta criminosa. Contudo, é possível perceber que os Tribunais estão voltados a analisar e, em alguns casos, priorizar o melhor interesse da criança do que o crime em si.

Para elucidar o entendimento atual dos tribunais em relação à prática da adoção à brasileira, faz-se necessário a análise dos julgados expostos a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ANULAÇÃO DE REGISTRO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. Agravo de instrumento interposto da decisão que deferiu o pedido de acolhimento institucional e anulação de registro movida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que as Agravantes praticaram o crime conhecido como "adoção a brasileira". Decisão em plantão judicial posteriormente confirmado reformando parcialmente o entendimento do juízo a quo, determinando o retorno da criança ao convívio com as Agravantes haja vista ausência de risco ou ameaça aos direitos da infante. Embora considerada ilegal, atualmente admite-se a mitigação da adoção intuito personae em razão do princípio do melhor interesse da criança. Para tanto, é necessária a presença de vínculo afetivo entre as partes, ainda que este não tenha realizado o procedimento de habilitação e não constem do Cadastro Nacional de Adoção. Trata-se de uma excepcionalidade do sistema, que tem por primazia a valorização da afetividade, permitindo a regularização de uma adoção a princípio ilegal quando comprovado a existência de vínculo afetivo e não havendo indícios de maus-tratos, negligência ou abuso. Entendimento pacífico do Eg. STJ no sentido de que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional, apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma, que não restou evidenciada até o momento. Dessa forma, não havendo nem sequer indício de risco à integridade física ou psíquica da menor, evidencia-se inadequada a decisão que determinou, em caráter liminar, o seu acolhimento institucional, contrariando o princípio do melhor interesse da criança, sendo imperiosa a reforma parcial da decisão para permitir que a infante permaneça com as Agravantes

enquanto perdurar o processo principal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RJ - AI: 00918815820208190000, Relator: Des(a). DENISE NICOLL SIMÕES, Data de Julgamento: 18/05/2021, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/05/2021)

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCURSO COM O CRIME PREVISTO NO ART. 242 DO CP. ABSORÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 299 CP. PARTO SUPOSTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PERDÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. CONSTATAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NOBRE E ALTRUÍSTA. 1. Merece reparo a sentença recorrida quanto à condenação dos apelantes no crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do Código Penal, tendo em vista que tal conduta já se encontra inserida no tipo penal do art. 242 do Estatuto Repressor. 2. Os elementos de convicção constantes dos autos revelam que os acusados, ao registrarem filho alheio como próprio, agiram amparados por motivação nobre, considerando que pretendiam proporcionar uma vida melhor ao recém-nascido, em vista da precária situação econômica que a família natural enfrentava e do contexto social no qual estava inserida. Nesses moldes, de se conceder o perdão judicial aos agentes, com a extinção de sua punibilidade. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS AGENTES PELO PERDÃO JUDICIAL. (TJ-GO - APR: 03626308920158090091, Relator: DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, Data de Julgamento: 06/03/2018, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2504 de 14/05/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. DUPLICIDADE. ADOÇÃO A BRASILEIRA. VÍNCULO AFETIVO DEMONSTRADO. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO PRIMEIRO REGISTRO. 1 - Embora o Provimento nº 28 do CNJ, estabeleça que, nos casos de duplicidade de registro, deverá ser anulado o primeiro ato registral, necessário verificar as peculiaridades do caso concreto. 2 - A duplicidade de registro decorre da denominada 'adoção a brasileira' que, apesar de ser reputada ilegal pelo ordenamento jurídico, não pode ser ignorado o fato de que este ato gera efeitos decisivos na vida do adotado. 3 - A jurisprudência tem entendido que, nos casos em que o registro tenha sido realizado nos moldes da conhecida adoção à brasileira, o vínculo socioafetivo é suficiente para afastar o rigor necessário dos procedimentos públicos registrais. 4 -

Comprovado o vínculo afetivo existente entre o adotado e o segundo pai registral, bem como o fato de que o adotado utiliza-se do segundo registro para todos os atos de sua vida civil e, ainda, a sua pretensão em cancelar o primeiro assento, a anulação da primeira certidão de nascimento é medida que se impõe. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. (TJ-GO - APL: 00269436820178090087, Relator: ROMÉRIO DO CARMO CORDEIRO, Data de Julgamento: 31/05/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 31/05/2019)

Com isso, ainda que a “adoção à brasileira” seja um ato ilegal, conforme nossa constituição, faz necessário não só atender apenas ao requisito legal, mas analisar se aquela circunstancia é benéfica há criança, ou seja, ainda que não tenha ocorrido a adoção de forma legal, mas tenha a existência de vínculo afetivo entre as partes a adoção poderá ser mantida, vez que, justamente em razão da morosidade do ordenamento jurídico é que crianças são impedidas de ter acesso a uma família que esteja disposta a destinar todo amor e cuidado para o adotado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CONCLUSÃO

Considerando a escassez de pesquisas específicas sobre a Adoção à Brasileira, esta pesquisa contribui positivamente para possíveis estudos acerca do tema, bem como, serve para demonstrar os pontos positivos que devem ser considerados na pratica da adoção ilegal, que na maioria das vezes, proporciona mais benefícios aos envolvidos, principalmente ao menor que foi abandonado e teve a oportunidade de ser inserido novamente em um ambiente familiar, comprovando a necessidade que os órgãos judiciais possuem de analisar e priorizar sempre o melhor interesse da criança, cumprindo com o dever de garantir que elas tenham acesso aos seus direitos fundamentais para sobrevivência.

É de extrema importância observar quais foram às intenções dos agentes ao praticar o ato da adoção ilegal e quais são os papeis exercidos por eles na vida daquela criança, se eles cumprem com as obrigações, proporcionando um ambiente saudável, com educação, lazer, alimentação, moradia e uma qualidade de vida adequada para que a criança se torne um adulto promissor, com possibilidades de um futuro brilhante pela frente.

Para que haja uma fiscalização sobre a garantia dos direitos da criança e do adolescente, como prescrito no ECA, é preciso união dos diversos órgãos públicos como Conselho Tutelar do município, do CRAS que oferta o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (Paif) e o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) e dos membros do Ministério Público com formação e competencia voltadas para a criança e a familia como psicólogos, pedagogos e assistentes sociais.

Outro ponto facilitador para o processo de adoção legalizado seria a implementação do Projeto de Lei nº31 de 2017 que Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, para estabelecer um prazo máximo para a conclusão do procedimento de adoção após o início do estágio de convivência, conforme citado neste artigo, vem sendo um processo longo e demorado.

Tendo em vista os aspectos observados, foi possível concluir que a inserção do menor em uma família saudável, ainda que, não tenha sido atendido o procedimento legal deve se sobrepor a qualquer norma incriminadora, por conter mais benefícios do que malefícios a criança, levando em consideração que o melhor para a criança é conviver em um ambiente familiar, de amor e cuidados, deixando de considerar a ilegalidade do ato como fator mais importante, e sim a existência de afeto entre as partes.

REFERÊNCIAS

AMOR. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/amor/>>. Acesso em 12 de setembro 2022.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Barbacena - FADI. **Curso de Graduação em Direito**. Barbacena, 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc3284b03e0c1df318b636ab3f58cb1065.pdf>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Lei de Adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, RODRIGUES Raphaela Lopes. **Adoção à Brasileira; crime ou causa nobre**. Janeiro de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71148/adocao-a-brasileira-crime-ou-causa-nobre/3#>. Acesso em 06 de Outubro de 2022

Conselho Nacional de Justiça. **CNA – Cadastro Nacional da Adoção. Relatórios estatísticos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 10 de Novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 de junho de 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16336/adocao-e-a-espera-do-amor>. Acesso em: 10 de Outubro de 2022.

Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 22 de setembro de 2022.

FERNANDO COLLOR, Brasília, 13 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FRANZIN, Adriana. **Conheça as regras para adotar uma criança no Brasil**. 25 de Maio de 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/passo-passo-da-adocao-conheca-regras-para-adotar-uma-crianca-no#:~:text=Para%20entrar%20no%20Cadastro%20Nacional,mental%3B%20certid%C3>. Acesso em 10 de Outubro de 2022.

FREITAS, Rose. **Projeto de lei do Senado nº31 de 2017** <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128186> Acesso em 08 de Novembro de 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 14º ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. **Adoção à Brasileira**. Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena – FADI. Curso de Graduação em Direito. Barbacena, 2011. Disponível

em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc/3284b03e0c1df318b636ab3f58cb1065.pdf>. Acesso em: 20 de Outubro de 2022.

MOREIRA, Syllas Raniery Martins; UGHINI, Kraemer Maurício. **Processo adotivo; Tramites Legais e etapas desse processo jurídico**. 25 de Dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/4200/processo-adotivo-tramites-legais-etapas-desse-processo-juridico>. Acesso em 15 de Outubro de 2022.

NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. **Adoção à Brasileira**. 01 de Jun. de 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/adocao-a-brasileira/>. Acesso em 15 de Outubro de 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. Vol. 1. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil – Uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf> >. Acesso em 09 de setembro 2022.

Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em 08 de Novembro de 2022.

VICENTE, José Carlos. **Adoção**. 28 de Setembro de 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2918/Adocao#:~:text=CONCEITO%3A&text=A%20ado%3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20portanto%20um,de%20filho%20de%20outra%20pessoa.&text=A%20ado%3%A7>. Acesso em 10 de Outubro de 2022.

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS DAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

LUANA ROSARIO SANTOS:
graduanda do curso de Direito do
Centro Universitário Católica do
Tocantins¹⁶.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA¹¹

(orientadora)

RESUMO: No presente artigo, aponta-se violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro. Ao se pensar em desenvolver um trabalho sobre essa temática, levantou-se como problemática o que a literatura tem abordado sobre as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro? Diante deste problema, este trabalho tem como objetivo realizar uma revisão bibliográfica integrativa abordando as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro. Desta maneira, o presente artigo foi estruturado de maneira a demonstrar os direitos civis conquistados pelas transexuais, a realidade das transexuais no sistema penitenciário brasileiro e por fim colocar os problemas enfrentados pelas transexuais no sistema penitenciário brasileiro. Todo esse percurso levou a verificar que o binarismo sexual marca o sistema penitenciário brasileiro, e a realidade jurídica brasileira ainda está susceptível a ultrapassar esse modelo imposto a muito tempo atrás, uma vez que vários Estados têm criado políticas públicas com a intenção de garantir cidadania e dignidade às detentas transexuais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema Penitenciário. Transexuais. Violações.

ABSTRACT: In this article, we tried to carry out a literary analysis regarding the violations of civil rights of transsexuals in the Brazilian penitentiary system. When thinking about developing a work on this theme, what was raised as a problem in the literature about the violations of civil rights of transsexuals in the Brazilian penitentiary system? Faced with this problem, this work aims to carry out an integrative literature review addressing the violations of civil rights of transsexuals in the Brazilian penitentiary system. Therefore, the bibliographic research was developed through databases, such as CAPES (Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel); SciELO (Scientific Electronic

¹⁶ E-mail: luanarosario82@gmail.com

Libralyonline) and Google Scholar. In this way, this article was structured in order to demonstrate the civil rights conquered by transsexuals, the reality of transsexuals in the Brazilian penitentiary system and, finally, to put the problems faced by transsexuals in the Brazilian penitentiary system. All this journey led to the verification that sexual binarism marks the Brazilian penitentiary system, and the Brazilian legal reality is still susceptible to overcoming this model imposed a long time ago, since several States have created public policies with the intention of guaranteeing citizenship and dignity to transgender prisoners.

Keywords: Human Rights. Penitentiary system. transsexuals. violations.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a violação dos direitos das transexuais no sistema penitenciário brasileiro. A escolha pelo tema se deu devido perceber que as mulheres transexuais, a muito tempo, sofrem com a discriminação e o preconceito, sendo que isto é uma realidade que ocorre dentro e fora do sistema penitenciário.

Na maioria dos casos, essas mulheres são rejeitadas pela família devido sua identidade de gênero, e acabam indo parar nas ruas, e por este motivo acabam se prostituindo para sobreviver e, muitas vezes também, cometem roubos, pequenos furtos, se envolvem com o tráfico de drogas, para conseguir dinheiro para o seu sustento.

Diante de um sistema penitenciário em colapso, permeado por superlotação, onde está implantando uma situação precária de vida para os presos em geral, tudo se torna ainda mais complicado para as transexuais, uma vez que essa classe social, é duas vezes mais negligenciada, tanto pela sociedade excludente, levando-a cometer crimes, e por consequência, a ser presa, quanto pelo sistema penitenciário, que pouco tem demonstrando se importar com seus direitos e necessidades.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma revisão bibliográfica integrativa abordando as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro.

É um trabalho que foi estruturado de maneira a atingir o objetivo proposto, sendo o mesmo construído em capítulos, propondo abordar assuntos como: os direitos conquistados pelas transexuais, falar sobre a realidade das transexuais no sistema

penitenciário brasileiro, e descrever os problemas enfrentados pelas transexuais no sistema penitenciário brasileiro.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica integrativa, ao qual teve uma abordagem qualitativa descritiva. A pergunta norteadora foi elaborada tendo como base o direcionamento do estudo, onde levantou-se alguns problemas enfrentados pelos transexuais no sistema penitenciário brasileiro, e a partir daí questiona-se: o que a literatura tem abordado sobre as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro?

2 DIREITOS CIVIS CONQUISTADOS PELAS TRANSEXUAIS

O direito civil está legalizado no Código Civil (Lei 10.406/2002) e pode ser entendido como o direito do cidadão, sendo o mesmo um ramo do direito privado com o objetivo de determinar regras e condutas que pessoas físicas e jurídicas devem possuir em sociedade. Na esfera jurídica, a sexualidade é estudada pela ciência denominada direito da personalidade fundamentado pela bioética. Esse direito assegura o bem-estar dos indivíduos, evitando e garantindo possíveis danos que possam vir a ocorrer com essas pessoas (DUTRA, 2020).

A bioética tem como dever viabilizar o direito ao respeito e à vontade, respeitando os valores e crenças de cada pessoas que são, nada mais que direitos humanos, sendo, assim, um conjunto de características próprias do indivíduo, comuns à existência humana, ampliando-se com base no acúmulo de conquistas históricas, de cunho ético, filosófico, político e cultural. Os direitos humanos são direitos universais, que veio, e ainda vem, evoluindo ao longo do tempo. A doutrina classifica os direitos humanos em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, com conteúdo voltado aos princípios da igualdade, fraternidade e liberdade (SIQUEIRA; MACHADO, 2017).

O dia 29 de janeiro 2004 é consagrado com o Dia da Visibilidade Trans, que inclui travestis, homens e mulheres trans. É uma data que marca uma das primeiras iniciativas públicas contra a transfobia. Foi nesta época que foi lançada a campanha Travesti e Respeito: já está na hora dos dois serem vistos juntos. Foi uma campanha promovida pelo Ministério da Saúde (ONU, 2018).

No ano de 2013, o Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU), conhecido como grupo G8-Generalizando, juntamente com a ONG Igualdade, deram início ao projeto "Direito à identidade: viva seu nome", que tinha como objetivo dar visibilidade às

demandas de retificação de registro com o protocolo de várias ações judiciais. Nesta época, protocolou-se nove ações, sendo que destas, sete obtiveram sentença favorável em uma semana, com o trânsito em julgado em três semanas a partir da propositura das ações (HOSCHEIDT, 2018).

A respeito do uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais e travestis, no âmbito da esfera federal, tem-se o Decreto nº 8.727/2016, que, em seu Art. 1º, Parágrafo Único, considera:

I - Nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento (BRASIL, 2016).

Com a intenção de entrar em consonância com o Decreto Federal nº 8.727/2016, a Receita Federal promulgou a Instrução Normativa nº 1718/2017, que prevê a inclusão e/ou exclusão do nome social para pessoas transexuais e travestis no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). O Superior Tribunal Eleitoral, por meio da Resolução TSE nº 23.562/2018, inclui a possibilidade do uso do nome social no título de eleitor, sendo que, através da Portaria Conjunta nº 1/2018, o TSE regulamenta a inclusão do nome social no cadastro eleitoral (SECIC, 2022).

Observa-se que o direito brasileiro vem evoluindo em relação a discussão dos homossexuais e transexuais, utilizando como principal fundamento os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (ELY, 2020). Assim, é importante destacar que a primeira lei que assiste aos transexuais é a Constituição Federal de 1988, que em seu Art. 3º estabeleceu como objetivos fundamentais da república federativa brasileira a construção de uma sociedade justa, livre e solidaria. Neste mesmo artigo, foi estabelecido o bem estar de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988).

No ano de 1998, foi promulgada a Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro, ao qual previu em seu Art. 4º, IV a "não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias", ou

seja, essa lei estabeleceu a não discriminação pelas preferências sexuais dentro deste serviço prestado (BRASIL, 1998). Em 2011, a comunidade LGBTQI+ alcançou importantes conquistas dentro das instâncias superiores do país, como é o caso do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 132 conjuntamente com a ADPF 4277, ao qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união homoafetiva, além de, ainda, entender como entidade familiar (BUSACARO JUNIOR; DOTTA, 2020).

Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), promulgou a Resolução nº 175, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Nesta resolução ficou determinado que seria vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que sua recusa implica na imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para tomada de providências cabíveis (CNJ, 2013).

Neste mesmo ano, o Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou a inclusão de casais homossexuais em processos de reprodução assistida, garantindo a realização de fertilização *in vitro* (BUSACARO JUNIOR; DOTTA, 2020). Em 2018, através da Resolução 270, assinada pelo ministro Dias Toffoli, presidente do STF e do CNJ, foi assegurado a possibilidade do “uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, aos magistrados, aos estagiários, aos servidores e aos trabalhadores terceirizados do Poder Judiciário, em seus registros funcionais, sistemas e documentos” (CNJ, 2018).

Ainda em 2019, mais precisamente no dia 13 de junho, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, o plenário do STF, com base na omissão do Congresso Nacional, enquadrou a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. O entendimento da suprema corte foi de que a demora do Poder Legislativo em incriminar a homofobia e a transfobia ofende direitos e garantias dos indivíduos. Assim, ministros votaram para que condutas semelhantes ao combate ao racismo, determinadas na Lei nº 7.716/1989, sejam aplicadas ao combate à homofobia e transfobia (ALMEIDA, 2020).

3 REALIDADE DAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Transexual é aquela pessoa que possui uma identidade de gênero oposta ao sexo natural estigmatizado no seu nascimento. A explicação casual desse gênero é que ele possui um corpo oposto ao que está no seu subconsciente, ou seja, uma mulher transexual

aprisionada em corpo de um homem, que não se reconhece. Os transexuais são pessoas detentoras de direitos e obrigações e deste modo o direito básico e fundamental é para todos, independentemente do seu gênero. A dignidade plena deve ser sempre reconhecida e respeitada por toda a sociedade, o que envolve ter o seu nome social, identidade de gênero e a sua liberdade de escolha (SANTOS; OLIVEIRA, 2018).

Porém, o que se vivencia são situações norteadas de preconceitos por parte da sociedade e no sistema carcerário não é diferente. O preconceito e desrespeito à essa população ocorre de maneira desenfreada. E, se para a população LGBT em geral já existe um histórico difícil em relação à sua convivência na sociedade, dentro das celas brasileiras não seria diferente. A privação da liberdade para travestis e transexuais pode tornar-se mais que um ambiente para cumprimento de pena, quando se transforma em um local de violências constantes à integridade sexual, física, psicológica, entre outras, gerando consequências significativas para a estética e, principalmente, para a identidade de gênero do indivíduo (SANTOS, 2019).

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso XLVI, estabelece que deve ser garantido a individualização de sua pena a todos os condenados, levando em conta todas as suas particularidades, para que seja justo o seu cumprimento e a sua aplicação. Porém, o que se tem percebido é que ocorre uma homogeneização do indivíduo, não levando em consideração suas especificidades, ou seja, como um indivíduo possuidor de direitos. O Estado, apesar de frisar e estabelecer a igualdade entre todos, acaba fechando os olhos para as diferenças.

No Brasil, além dos problemas que acometem a todos os presidiários como os da superlotação das celas, falta de estrutura e recursos destinados ao sistema penitenciário, falta de acompanhamento da execução da pena e de estrutura para ressocialização dos apenados, existe ainda o tratamento dado às pessoas transexuais e seu convívio em locais incompatíveis com a identidade de gênero, que resultam em constantes humilhações, torturas praticadas pelos próprios agentes públicos, abusos sexuais, exposição da intimidade a uma população diferente de sua identidade gênero, proibição de tratamentos hormonais, entre outros (CALDEIRA, 2020).

O sistema penitenciário brasileiro é norteadado por um ambiente extremamente violento, que não leva em conta os direitos individuais dos cidadãos, destacando ainda mais a vulnerabilidade das pessoas transexuais, homossexuais e travestis. Na sociedade

como um todo, essas pessoas sofrem com preconceitos, sendo que dentro dos presídios a história se repete com mais rigor, provocando sofrimento nessas pessoas.

A legislação penal brasileira não tem previsão suficiente para a diversidade sexual, tão presente, na realidade carcerária. Tampouco, a Lei de Execução Penal, determina expressamente, que seus direitos, enquanto diferentes do binarismo sexual, sejam observados. O que se vê, em todas as prisões brasileiras, sem sombra de dúvidas, é uma discriminação total ao transexual e a flagrante violação das garantias inerentes ao preso dentro de um Estado Democrático de Direito, aqui instalado (REQUI, 2018).

Diante de tantas violações de direitos, no ano de 2014 o Conselho Nacional de Combate à Discriminação estipulou certos parâmetros em relação ao acolhimento das pessoas LGBT em privação de liberdade no Brasil por meio da Resolução Conjunta n. 1 de 15 de abril. Essa resolução disciplinou sobre a transferência para o espaço de vivência específico, e também regulamentou assuntos relevantes para a comunidade LGBTQI+ encarcerada:

Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. (...). § 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade. (...). Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. Art. 5º - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero. Art. 6º - É garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade, nos termos da Portaria MJ nº 1.190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011. Parágrafo único - À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico. (...). Art. 8º - A transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou

sanções em razão da condição de pessoa LGBT são considerados tratamentos desumanos e degradantes (BRASIL, 2014).

Diante disso, alguns Estados passaram a adotar resoluções a fim de orientar agentes penitenciários quanto ao tratamento dado a população LGBTQI+, estabelecendo espaços específicos exclusivos para essas pessoas e garantindo seus direitos no ambiente prisional, tais como a Resolução SEAP N° 558, de 29 de maio de 2015 no Rio de Janeiro e a Resolução SAP N° 11, de 30 de janeiro de 2014 em São Paulo.

O fato é que o sistema prisional brasileiro possui uma realidade que demonstra falhas comuns a todos, como é o caso de insatisfações quanto a alimentação, especialmente quando se fala em qualidade; quanto as condições de higiene, frente a escassez de itens básicos de higiene pessoal; quanto a superlotação; quanto a carência de oportunidades de estudo e trabalho, essenciais para o processo de ressocialização e, não menos importante, quanto a saúde e os diversos outros aspectos relacionados a ela. Levando em consideração as necessidades específicas à questão de gênero, pode-se destacar a dificuldade de acesso a itens femininos, como é o caso de produtos para cabelo, roupas, dentre outros. Outro fator relevante diz respeito à convivência com os demais detentos, e até mesmo com agentes penitenciários, quando as transexuais são expostas a situações humilhantes, sem falar na violência física e/ou psicológica.

Assim, pode-se dizer que os transexuais, dentro do sistema penitenciário brasileiro, passam por todos os tipos de violência, tornando-se vítimas não somente das pessoas com as quais convivem, mas também de todo o sistema prisional, uma vez que não conseguem ajuda para suas necessidades, em respeito a seus direitos referente a identidade de gênero, tornando-se invisíveis por imposição do próprio sistema. É visível que o sistema prisional atual não resguarda os direitos das pessoas transexuais. Verifica-se que, além das violações sofridas, as transexuais tornam-se invisíveis pelo sistema prisional.

Castro Rosa (2016) destaca que as mulheres transexuais nos presídios masculinos além de sofrer violação de seus direitos, passam ainda por humilhações, torturas, exposição de sua intimidade, estupro, proibição do tratamento com hormônios, revista íntima vexatória, dentre outros. Um exemplo é o caso que ocorreu no Ceará, onde uma transexual que foi levada a audiência de custódia, possuía marcas de espancamento, chorava e vomitava. Ela relatou, na época, que passou vinte dias na penitenciária masculina de Caucaia, e foi estuprada e espancada por quatro detentos. Outro exemplo é o de Vitória R.

Fortes, um dos casos que incentivou a criação da “ala gay” em Minas Gerais, o primeiro Estado a possuir área reservada a transexuais e travestis. Por sofrer com abusos e violências constantes dentro do presídio, Vitória, começou a se mutilar para chamar a atenção da diretoria do presídio.

A visão binária do sistema prisional brasileiro ainda é forte e presente, uma vez que divide os gêneros somente em masculino e feminino. Aos transexuais, quando inseridos no sistema prisional, acabam passando e sofrendo situações vexatórias e de preconceito desde a sua admissão no sistema. A LEP, em seu Art. 41, XI, em conjunto com o Decreto 8.727/2016, prevê como um dos direitos dos presos, o chamamento nominal. Ao ingressarem no sistema prisional, as pessoas transexuais são obrigadas a abandonar o nome social, sendo obrigados a rasparem a cabeça e usarem roupas de acordo com o seu sexo de nascimento, violando integralmente os direitos a personalidade, direitos esses considerados essenciais ao indivíduo, ao qual a doutrina disciplina e preconiza, com a intenção de resguardar a dignidade humana.

4 PROBLEMAS ENFRENTADOS PELAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

As mulheres transexuais, na maioria dos casos, são rejeitadas pela sociedade e, especialmente, pela família devido a sua identidade de gênero e por este motivo, algumas dessas mulheres acabam morando na rua e se prostituindo para sobreviver e, muitas vezes, acabam, também cometendo furtos, roubos e até mesmo tráfico de drogas. De acordo com a pesquisa realizada pelo Departamento de Promoção dos Direitos LGBT e Departamento Nacional Penitenciário, 38,5% dessas mulheres estão presas por roubo e 34,6% por tráfico. Esses tipos penais, aos os mais comuns quando comparado a essa população que está privada de liberdade (ALGARTE; BARBOSA, 2021).

No sistema penitenciário brasileiro, as transexuais têm seus direitos e garantias violados constantemente, uma vez que estão sempre expostas a todo o tipo de violência. Essa transgressão de direitos é ainda mais agravada frente a limitação de diversidade entre o gênero feminino e masculino dentro dos presídios, por não abranger os transexuais, além da falta de amparo legal para essa população com o objetivo de regulamentar essa situação nas unidades prisionais (FERREIRA; SILVA, 2021). Dentro dos presídios, os gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros, na maioria das vezes, são colocados no mesmo espaço de pessoas intolerantes, que costumam utilizar de uma suposta posição de superioridade para cometer abusos, humilhações e até mesmo assassinatos contra pessoas

que são igualmente humanas e possuidoras de direitos e deveres como todo e qualquer cidadão (SANTOS, 2018).

Em um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no ano de 2020, existiam, no Brasil, 687.546 pessoas presas, sendo que, destas, 10.457 presos de autodeclararam LGBTQIA+, e destes, 248 são mulheres transexuais (ALGARTE; BARBOSA, 2021).

O Estado precisa cumprir com o seu dever de ressocializar, porém o sistema carcerário brasileiro apresenta grande descaso com a pessoa transexual, não sendo asseguradas condições básicas para suprir suas necessidades, ferindo os direitos fundamentais, como é o caso da dignidade, saúde e segurança humana (SANTOS, 2018).

Sabe-se que é um dever do Estado punir aqueles(as) que cometem infrações, porém também é dever dele ofertar condições dignas para sobrevivência enquanto o indivíduo estiver cumprindo pena pelos crimes cometidos (SANTOS, 2018).

Os transexuais que estão em unidades prisionais vivenciam, na maioria das vezes, situações que violam seus direitos como cidadão, uma vez que a estrutura carcerária intensifica as violações que acontecem tanto no seu exterior quanto no seu interior, acentuando a situação de pessoas que já se encontram em estado de vulnerabilidade, como é o caso dos transexuais. A violação dos direitos da personalidade sofridos pelos transexuais em situação de cárcere são inúmeros e constantes, uma vez dentro dos presídios brasileiros acontece uma grande falta de respeito quanto a identidade de gênero, de corpo e de nome social (DIAS, 2019).

Os transexuais, dentro de um sistema carcerário, passam por uma série de violências socialmente impostas em nome de uma suposta segurança. No contexto de uma suposta proteção, as pessoas transexuais ainda são expostas a situações desumanizadoras, como é o caso do cárcere em alas direcionadas a homens que cometeram crimes sexuais, como forma de evitar possíveis abusos de outros presos (SOUZA; FERREIRA, 2016).

Dentro do sistema penitenciário, as transexuais, como método de sobrevivência, acabam mantendo relacionamentos forçados com outros presos para obter proteção. Dentro do sistema penitenciário, o estupro, na maioria das vezes, está relacionado a organização de gangues, onde as transexuais acabam sendo vendidas para facções ou até mesmo obrigadas a se prostituir. É comum as vítimas serem estupradas por diversas vezes

devido a divulgação do mesmo entre os presos e servidores da prisão, de maneira que estes acabam vendo a transexual como um alvo. O que se percebe é que a legislação penal brasileira não possui previsão suficiente para a diversidade sexual, tão presente na realidade prisional. Tampouco, a LEP determina, expressamente, que seja observado os direitos quanto ao binarismo sexual.

Silva; Silva (2019) destacam que, ao serem encaminhadas a presídios divergentes da sua identidade de gênero, são impostas às transexuais, padrões e regras de um gênero com a qual não se identificam, ficando, assim, vulneráveis a violências psicológicas e físicas. A violência é conceituada, segundo a OMS, como o uso da força física ou poder, na prática ou em ameaça, contra si próprio, outra pessoa ou contra uma comunidade ou grupo, que provoque sofrimento, dano psicológico, morte, desenvolvimento prejudicado ou privação.

A situação das mulheres transexuais dentro dos presídios demonstra as desvantagens vivenciadas por essas mulheres, uma vez que os presídios masculinos possuem esse gênero como referência, sendo que as pessoas consideradas femininas por esse sistema encontram dificuldades para cumprir a pena. Nesse sentido, as mulheres transexuais passam por situações de violência, controle e punição. Verificou-se que a Resolução Conjunta nº 1/2014, em vigor, traz em seu escopo, dentre outras coisas, que as transexuais privadas de liberdade, possuem o direito de serem chamadas pelo seu nome social, e devem possuir espaços de vivência específicos, sendo que a sua transferência para esses locais deverá levar em consideração a sua expressa vontade, o que torna facultativo a destinação da classe às especificidades aqui colocadas.

Apesar da resolução se destinar ao público LGBTQI+ como um todo, os transexuais masculinos não possuem o direito de serem presos no mesmo estabelecimento direcionado a homens. Isso ocorre devido a proteção da dignidade sexual, prevendo estupro dos apenados, conforme artigo 213 do CP. A Advocacia Geral da União, através da ADPF 527, possui a compreensão de que permitir que travestis cumpram pena em presídios femininos, viola a CF, que determina a segmentação espacial da população carcerária segundo o sexo do preso, dentre outros critérios. Segundo a AGU a possibilidade de recolhimento de travestis em unidades prisionais destinados ao sexo masculino não fragiliza a proteção da dignidade da pessoa humana e a saúde dos custodiados, nem desrespeita a vedação constitucional ao tratamento desumano ou degradante e a prática de tortura dessas pessoas.

Justificam essa colocação apontando o artigo 3º da Resolução Conjunta nº 1/2014, que estabelece que os travestis recolhidos em unidades prisionais masculinas devem ser ofertados espaços de vivência específicos, caso esses desejem. De acordo com a ADPF, transferir travestis para unidade prisional feminina pode provocar o agravo, ainda mais, da situação instável ao qual já é verificada no sistema prisional brasileiro, pois demanda a criação de mais vagas nesses locais, além do uso de recursos humanos e materiais significativos para essa finalidade, o que iria gerar grandes dispêndios de recursos públicos, podendo comprometer a gestão do sistema penitenciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que as transexuais são permeadas por violações particulares de direitos. Os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade estão preservados apenas àquelas pessoas que pouco se desviam das regras sociais vigentes, colocando os indivíduos transgressores totalmente a parte da sociedade justa e igualitária.

Sabe-se que os direitos fundamentais, preconizados na Constituição Federal, deveriam estar garantidos a todas as pessoas, porém esse processo ainda está em construção, uma vez que se verificou que os direitos das mulheres transexuais que se encontram presas, não são garantidos em sua totalidade. Sabe-se que os avanços sociais conseguidos até a atualidade, são provenientes de lutas e resistências para que políticas públicas sejam realmente efetivas, quanto ao respeito aos direitos das mulheres transexuais inseridas no sistema penitenciário brasileiro.

Neste cenário, ainda é comum encontrar violações de direitos, além de uma cultura permeada de preconceitos, onde as mulheres transexuais passam por situações desumanas e degradantes, como é o caso da violência, do estupro e da sua inserção em selas reservadas a pessoas do sexo masculino. É preciso que essas transgressões sejam eliminadas, para que se possa realmente afirmar que, não somente as transexuais, como também toda a classe LGBTQI+, são pessoas possuidoras de direitos que merecem ser preservados, independentemente de estar ou não inserido no ambiente penitenciário.

Desta maneira, sugere-se que mais estudos sejam realizados, afim de levantar informações que sejam úteis para contribuir para que realmente os direitos das mulheres transexuais e demais classe pertencente ao grupo LGBTQI+, possam ser totalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

ALGARTE, A. F. T.; BARBOSA, A. L. J. A realidade das mulheres transexuais no sistema penitenciário brasileiro. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v.6, n.1, p. 845-874, 2021. Disponível em:

<http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1317>. Acesso em: 22 Set. 2022

ALMEIDA, A. V. **Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial**. Direito Penal. 02 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>. Acesso em: 04 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. **Lei nº 9.612, de 19 fevereiro de 1998**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm. Acesso em: 04 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Conselho Nacional de Combate a

Discriminação. **Resolução Conjunta n. 1, de 15 de Abril de 2014**. Disponível em:

http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_D E_2014.aspx. Acesso em: 01 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 04 Out. 2022

BUSACARO JUNIOR, A.; DOTTA, A. G. Direitos e garantias conquistados pela comunidade LGBTQI+ dentro do ordenamento jurídico brasileiro: análise dos direitos adquiridos no período de 1988 até 2019. **Anais do EVINCI-UniBrasil**. V. 5, n. 1, 2020. Disponível em:

<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4836>. Acesso em: 04 Out. 2022

CALDEIRA, A. L. T. **Transexualidade e cárcere**: estado de coisas (ainda mais)

inconstitucional. Monografia (Graduação)-Centro Universitário Antônio Eufrásio de

Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2020. Disponível em:
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8435>. Acesso em:
01 Out. 2022

CASTRO ROSA, V. **Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário**: a perda da decência humana e do respeito aos direitos humanos. Boletim 280, março de 2016. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos. Acesso em: 18 Out. 2022

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 17, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 04 Out. 2022

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 270, de 11 de dezembro de 2018**. Disponível em:
https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_270_11122018_12122018112523.pdf. Acesso em: 04 Out. 2022

DIAS, F. M. **Gênero e os direitos de personalidade**: uma análise sobre o encarceramento de pessoas transexuais. Monografia (Graduação em Direito) apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019. Disponível em:
<https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/1091>. Acesso em: 04 Out. 2022

ELY, B. A. Os direitos dos homossexuais e dos transexuais no ordenamento jurídico brasileiro vistos sob a ótica principiológica constitucional. **Rev. Bras. Prev.**, v.11 n.1, p.12-34, 2020. Disponível em:
<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/4435/pdf>. Acesso em: 04 Out. 2022

FERREIRA, C. M. N.; SILVA, J. V. A. Mulheres transgêneros encarceradas e as violações de direitos sofridas no sistema prisional brasileiro. **Ânima Educação**. Repositório Universitário Ânima (RUNA). Dez. 2021. Disponível em:
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/22492>. Acesso em: 22 Set. 2022

HOSCHEIDT, L. M. **A conquista de direitos a partir do julgamento da ADI 4.275.**

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais)- Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/184184>. Acesso em: 04 Out. 2022

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Ocupar espaços na sociedade traz empoderamento para a população trans.** ONU, 29 jan. de 2018. Disponível

em: <https://brasil.un.org/pt-br/79057-ocupar-espacos-na-sociedade-traz-empoderamento-para-populacao-trans-defende-agente-de-saude>. Acesso em: 01 Out. 2022

REQUI, J. V. **A violação dos direitos do transexual:** uma realidade do binarismo sexual no sistema carcerário brasileiro. Monografia (Graduação)- Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/7578#:~:text=O%20presente%20trabalho%20de%20pesquisa,do%20paradigma%20discriminat%C3%B3rio%20institucionalizado%20nas>. Acesso em: 01 Out. 2022

SANTOS, C. S. C. Transexuais encarcerados: dignidade da pessoa humana e a dupla penalização de transexuais privados de liberdade. **LEGIS**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p1-15, 2019. Disponível em:

<https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/legisaugustus/article/view/442>. Acesso em: 01 Out. 2022

SANTOS, D. L. C. R. **Homofobia nos presídios:** a importância das alas reservadas para garantia da integridade dos detentos homossexuais, travestis e transexuais. Monografia (Graduação em Direito) apresentada ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, 2018. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/1600>. Acesso em: 22 Set. 2022

SANTOS, E. L. O.; OLIVEIRA, T. C. F. A vida das mulheres transexuais no sistema penitenciário brasileiro: e a dignidade da pessoa humana? **ANAIS – 21ª SEMOC**, Salvador, 22 a 26 de outubro de 2018. Disponível em:

<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1069/1/A%20vida%20das%20mulheres%20transexuais%20no%20sistema%20penitenci%C3%A1rio%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 01 Out. 2022

SEVIC. Secretaria de Política Públicas LGBT. **Cartilha de Direitos das Pessoas**. Mato Grosso do Sul, Julho de 2022. Disponível em: <https://www.sevic.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/CARTILHA-DIREITOS-TRANS-A4-2.pdf>. Acesso em: 04 Out. 2022

SILVA, L. S.; SILVA, D. C. Como o estado brasileiro atua na violação dos direitos fundamentais das mulheres transexuais no cumprimento da pena. **Revista de Direito.**, v. 11, n. 1, p. 361-386, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/7304/pdf>. Acesso em: 18 Out. 2022

SIQUEIRA, D. P.; MACHADO, R. A. A proteção dos direitos humanos LGBT e os princípios consagrados contra a discriminação atentatória. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 6, n. 1, p. 167-201, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6814>. Acesso em: 01 Out. 2022

SOUZA, B. C.; FERREIRA, G. G. Execução penal e população de travestis e mulheres transexuais: o caso do presídio central de Porto Alegre. **Cadernos de Gêneros e Diversidade**. Vol 02, N. 01 - Jan. - Jul., 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/17629>. Acesso em: 22 Set. 2022

NOTA:

[1] Professora orientadora. Graduada pela UNIRG-TO. Pós graduada em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007). Doutora em Direito.

A MATERNIDADE ATRÁS DAS GRADES E A FALTA DE ATENÇÃO AOS DIREITOS BÁSICOS À SAÚDE DA MULHER GESTANTE APRISIONADA

PAULO HENRIQUE VIEIRA AQUINO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fаметro¹⁷.

RESUMO: O objetivo desse estudo está centrado em analisar a questão do encarceramento feminino em situação de gestação a partir da legislação estabelecida em confronto com as condições precárias encontradas pelas encarceradas dentro das penitenciárias, bem como, ainda que sem esgotar o tema, como essa situação afeta a família e a sociedade em geral. O cenário violento em que estamos inseridos proporciona o substancial aumento da população carcerária, que por sua vez, favorece a violação dos direitos dos encarcerados e principalmente, das encarceradas grávidas e puérperas. Nesse contexto, os direitos primordiais das detentas têm sido colocados em segundo plano, uma vez que o Sistema Prisional Brasileiro é de concepção eminentemente machista, bem como as normas e regramentos que o norteiam. Por essa razão, embora o Direito Internacional estabeleça normas e princípios de Direitos Humanos sobre o tema, o incremento do encarceramento feminino afeta indevidamente às mulheres inseridas no sistema prisional, condicionando suas práticas a uma sexualização dirigida para o viril, tendo como mais grave a situação de confinamento de mulheres em presídios masculinos, positivando-se o padrão de comportamentos masculinos, contexto eminentemente prejudicial à ressocialização pretendida pela lei e pela Constituição que exigem uma perspectiva de gênero adequada. Para atingir o objetivo do presente trabalho, no que tange à metodologia, adotou-se a técnica do método dedutivo, visando apresentar hipóteses e confirmá-las. Para que se confirme a hipótese central apresentada sobre o tema, de que o encarceramento das mulheres gestantes no contexto das deficiências do aparelho prisional brasileiro promove uma ampliação das penalidades a elas aplicadas, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão bibliográfica, para chegar à conclusão de que, além de obscurecer a presença feminina, desconsiderando suas necessidades específicas, tal sistema produz o condicionamento de seu comportamento, utilizando-se do corpo feminino como instrumento de controle a partir da superioridade física e psicológica do corpo masculino no contexto machista e sexista do Sistema Prisional e na sociedade atual.

17 E-mail: pauloaquino.vieira@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; Maternidade; Direito.

ABSTRACT: The objective of this study is centered on analyzing the issue of female incarceration in situations of pregnancy from the legislation established in confrontation with the precarious conditions found by women incarcerated inside the penitentiaries, as well as, without exhausting the theme, how this situation affects the family and society in general. The violent scenario in which we are inserted provides the substantial increase of the prison population, which in turn favors the violation of the rights of the incarcerated and especially of pregnant and postpartum women. In this context, the primordial rights of female inmates have been placed in the background, since the Brazilian prison system is of eminently chauvinistic conception, as well as the rules and regulations that guide it. For this reason, although international law establishes norms and principles of human rights on the subject, the increase in female incarceration unduly affects women in the prison system, conditioning their practices to a sexualization directed to the virile, with the most serious situation of confinement of women in male prisons, positing the standard of male behavior, eminently harmful context to the resocialization intended by law and the Constitution that requires an adequate gender perspective. To achieve the objective of this work, regarding the methodology, the technique of deductive method was adopted, aiming to present hypotheses and confirm them. In order to confirm the central hypothesis presented on the subject, that the incarceration of pregnant women in the context of the shortcomings of the Brazilian prison system promotes an expansion of the penalties applied to them, previous academic studies pertinent to the literature review were used, to reach the conclusion that, in addition to obscuring the female presence, disregarding their specific needs, such a system produces the conditioning of their behavior, using the female body as an instrument of control from the physical and psychological superiority of the male body in the macho and sexist context of the Prison System and in current society.

KEYWORDS: Prison; Motherhood; Law.

1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de previsão normativa internacional no campo da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade, importa mencionar que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos prevista na Organização das Nações Unidas – ONU (1955) que preveem que o tratamento das pessoas sujeitas à pena privativa de liberdade deve ter

por objeto a promoção do seu desenvolvimento, do respeito próprio e do sentido de responsabilidade.

Dessa maneira pensar “na imposição de penas passa a ser racional, nessa fase o direito penal é marcado pelo controle do poder punitivo. Ocorre também a humanização do direito penal, separação da justiça divina e humana. Período da primazia da razão” (Foucault, 1987, p. 158). A garantia do direito básico de saúde da mulher constitui uma intervenção fundamental no sistema de saúde pública, contribuindo para a promoção da saúde da mulher e da criança e para combater a mortalidade materna e infantil, ou seja, em forma sucinta, observar o direito da mulher consiste na garantia de que toda mulher tenha direito à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter filhos, não os ter ou espaçar seu nascimento, tudo em prol de toda uma sociedade sadia, uma saúde geral no contexto de toda a sociedade (BRASIL, 2004).

Apesar da existência desse dispositivo legal, que foi supracitado no parágrafo anterior, a realidade prisional feminina brasileira vem mostrando que, em algumas unidades da federação, existe um complexo penitenciário polivalente^[1], dentro desse contexto tem-se em um trecho da obra de Foucault (1987, p. 196) que o “Direito Penal não deve ser compreendido somente como um mecanismo a fim de retribuir, através das penas, um ato criminoso, bem como não deve ser compreendido, única e exclusivamente, como um mecanismo de prevenção de delitos ou recuperação”. Partindo dessas premissas, este estudo foi composto com o objetivo de descrever a falta de atenção aos direitos básicos à saúde da mulher gestante em privação de liberdade e apontar os instrumentos jurídicos disponíveis para aproximar essa realidade daquela propugnada pelo sistema jurídico.

A inserção de mulheres para cumprimento de pena privativa de liberdade já seria o bastante para iniciar uma reflexão, porém nesta pesquisa, pretende-se focar o grupo populacional das mulheres grávidas. No entanto, cabe pontuar, não se pretende generalizar a vulnerabilidade como condição inerente a esse grupo. Isso já justificaria trabalhar com essa população, já que as gestantes e puérperas estão entre as mais vulneráveis ao discurso das falências carcerárias, principalmente no condizente as políticas públicas básicas da saúde da mulher. Dentro desse cenário o problema desse estudo está centrado em: *Quais são os direitos básicos destinados à gestante em privação de liberdade?*

Diante desse questionamento esse estudo assume o objetivo de analisar os direitos básicos destinados a gestante em privação de liberdade. Para tanto, foi o mesmo dividido nos seguintes objetivos específicos: (i) apresentar o contexto histórico acerca da saúde pública no Brasil; (ii) identificar a composição da estrutura do sistema carcerário no Brasil; e, (iii) avaliar a legislação acerca dos direitos básicos para saúde da gestante em privação de liberdade.

Nesse sentido, o estudo se justifica na investigação acerca da questão da maternidade nas unidades prisionais, que embora já existam várias previsões legais para o seu exercício, ainda não há em prática uma política pública destinada exclusivamente para as gestantes em cumprimento de pena privativa de liberdade. Ademais, justifica-se este trabalho por conta do fato amplamente divulgado sobre o aumento de mulheres grávidas no sistema carcerário brasileiro. Em dados descritos na página do Departamento Penitenciário Nacional (2019) havia cerca de 276 gestantes e 225 lactantes aprisionadas em todo o país. No Amazonas no mesmo ano, havia 5 gestantes no sistema prisional local.

O alarde a respeito da questão supracitada, mais do que a preocupação com o aumento significativo de mulheres encarceradas, suscita o interesse acerca de como se dá o tratamento que recebem, tendo em vista direitos fundamentais que são assegurados pela lei e não devem ser negados à mulher reclusa. Além disso, atenta-se também ao crescimento recente da discussão sobre uma forma de discriminação pouco considerada: a mulher gestante na prisão. A pesquisa demonstrou que além de produzir efeitos na saúde mental, o estado de gravidez estando interna no sistema prisional produz barreiras e exclusões sociais atreladas à negação do acesso ao direito à saúde, sendo este um direito básico de todos os indivíduos (QUEIROZ JUNIOR, 2019).

Tal forma de discriminação é potencializada quando atravessada por interseccionalidades raciais, econômicas e de gênero. Sendo assim, a mulher pobre, obesa, indígena, parda e/ou preta pode ser a mais exposta a essa situação dentro do sistema carcerário. Tendo como base essas hipóteses, nosso objetivo está em entender o funcionamento dos aparelhos do estado voltados para a saúde da gestante dentro do sistema prisional brasileiro.

A descrição da situação da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade, com o foco peculiar em relação à mulher grávida, permitirá perceber que a maternidade nos presídios, a despeito das várias previsões legais sobre a matéria, não tem efetivação

enquanto política pública. Assim, a pesquisa desenvolvida também tem natureza quantitativa, cujos dados colhidos serão qualificados quanto à sua relevância. Seguindo o pensamento de Dencker (2000, p. 127) a pesquisa quantitativa é, “estudo profundo e exaustivo de determinados objetos ou situações e permite o conhecimento em profundidade dos processos e relações sociais”. Ao longo da pesquisa serão analisadas as políticas públicas relacionadas aos direitos básicos em atenção a mulher, tendo sempre em vista a opinião de vários autores, que formam o nosso referencial teórico. Serão empregados arquivos bibliográficos, disponíveis na internet, mídias, dados públicos, bibliotecas e outros. O conhecimento científico foi consultado para garantir a veracidade do tema e responder de forma satisfatória o objetivo da pesquisa.

Conforme Severino (2017, p.119) estes documentos se definem pela natureza dos temas estudados, bem como, pela área em que os trabalhos se situam. Tais documentos, no âmbito da reflexão teórica, são basicamente: livros, artigos científicos publicados em revistas e coletâneas, entre outros, além e outras bibliografias que tratam do tema. A metodologia adotada, quanto aos fins, será descritiva, já que apresenta uma descrição completa dos fatores envolvidos. Para Andrade (2020, p.112) neste tipo de pesquisa, os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o pesquisador interfira neles. Isto significa que os fenômenos do mundo físico e humano são estudados, mas não manipulados pelo pesquisador.

A pesquisa também é de natureza exploratória, pois irá buscar averiguar todos os dados e de acordo com Dencker (2002, p.125), “a pesquisa exploratória procura aprimorar ideias ou descobrir intuições, envolvendo em geral levantamento bibliográfico, entrevista com pessoas experientes e análise de exemplos similares”. Os resultados obtidos foram analisados buscando-se colocar em evidência os objetivos da pesquisa, por meio de análise bibliográfica e tabulação de dados, com relação à coleta de dados que ocorreram entre os meses de outubro e dezembro do ano de 2021.

Quanto à relevância do presente estudo, o mesmo está diretamente relacionado com a dignidade humana, trazendo contribuição ao universo acadêmico e servindo de instrumento para novas reflexões que possibilitarão o aprofundamento de outras pesquisas desta mesma natureza sobre a importância das políticas públicas de saúde voltada as mulheres em privação de liberdade, a contribuir com a sociedade no sentido de entender um pouco mais sobre as políticas de saúde relacionadas à atenção básica voltada as mulheres em privação de liberdade: a concluir: é preciso uma vez mais evidenciar

normas cogentes ignoradas pelas práticas do Estado, impondo a este sua concreta efetivação.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO ACERCA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O primeiro objetivo de nossa pesquisa, busca conhecer o contexto histórico acerca da saúde pública no Brasil, nesse sentido o presente estudo dará ênfase ao tratamento dispensado às grávidas apenadas. Para darmos início, buscamos de maneira didática iniciarmos, destacando alguns conceitos sobre saúde, uma vez que esta é realizada por meios de ações ou serviços. Essas ações e serviços de saúde se integram na rede regionalizada e hierarquizada, onde os governantes estarão desempenhando o serviço de saúde em toda a região do país, por meio de difícil acesso (YAZBEK, 2019). Todas essas ações e serviços regionalizados constituem um sistema único de saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS) surgiu no ano de 1988 com a Constituição Federal (CF) até então não se falava em sistema único de saúde dentro do país e a assistência à saúde era livre iniciativa privada por meios de contrato e convênios. O direito à saúde do homem, começa com o pressuposto sendo a ausência de doenças e a algum tempo atrás 1948 foi intensificada a criação de órgão especiais que eram dedicados para garantir que alguns desses direitos considerados essenciais ao homem, sejam cuidados no âmbito internacional (MARTINELLI, 2011).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), define o conceito de saúde, como sendo o completo bem está físico, mental e social, não é apenas a ausência de doenças. Com essa definição vai reconhecer essa essencialidade de um equilíbrio interno do homem com o meio ambiente, sendo este um direito fundamental do ser humano e que deve ser garantido pelo Estado (BRASIL, 2004). Com relação a palavra Direito, essa tem o objeto de estudos o sistema de normas que vai regular o comportamento do homem na sociedade.

Já na concepção de Direito à Saúde, tem-se que esse termo empregado é no sentido de um direito substantivo. Esse por sua vez, vai estar ligada, ao direito da liberdade do indivíduo, é unicamente um estado desenvolvido de forma sócia econômica e cultural, que o indivíduo vai ser livre para procurar esse, completo bem está físico, mental e social da definição de saúde e vai poder estabelecer um tratamento, caso esse indivíduo venha a adoecer (SANTA RITA, 2016).

Em relação ao aspecto social. O direito à saúde vai estar ligada a igualdade, as limitações do comportamento humano, iram ser feito para todas essas pessoas usufruir de forma igual. O processo da saúde enquanto direito coletivo, é que saúde vai depender igualmente desse estado de desenvolvimento que o estado vai se encontrar. Apenas um estado que exerce seu direito de desenvolvimento ele pode garantir medidas de proteção igual cuidados, para essa recuperação da saúde (MARTINELLI, 2011).

De acordo com os princípios básicos do (SUS), a atenção básica dispensada a apenada, que se caracteriza por ser “um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde” (BRASIL, 2006). Deve garantir a universalidade, integralidade do serviço, bem como ser a principal porta de entrada do SUS (YAZBEK, 2019).

O direito à saúde destinado a gestante em privação de liberdade vai se apropriar dos princípios da liberdade e igualdade e vai se procurar em equilíbrio dos valores. O cenário de assistência à saúde puerpera aprisionada, passou a ser de atenção integral, com ações de promoção e de proteção, além das ações para recuperação da saúde (BRASIL, 2004). Além disso, essas passaram a ser regidas por políticas que visam garantir universalidade, equidade e integralidade as mulheres aprisionadas (BRASIL, 2006).

A inclusão de Políticas Públicas destinadas a gestante em privação de liberdade, no âmbito da Política da Saúde deve ser pensada de uma forma que os profissionais envolvidos, usem de suas técnicas para aplicar ações que atinjam todas as áreas de vivência do sistema prisional como: a prevenção no que diz respeito à saúde, o lazer, melhores condições de habitação, saneamento, alfabetização, entretenimento, vínculos familiares, pois a assistência social atua na função de coordenação geral desta política (IAMAMOTO, 2009).

Nesse contexto, pode-se observar que o papel do Estado na promoção da saúde tem como base o projeto ético político que é formulando estratégica para reforçar o Direito Social a saúde das mulheres aprisionadas, assim facilitando o acesso de todos as apenadas, ao serviço de saúde, também trabalhando com intervenção de prevenção de doenças e promoção da saúde. Nesse contexto, falar em sistema penitenciário no Brasil, não seria tratar apenas de um compartimento onde se guardam presos, pois a dura realidade no qual o sistema penitenciário brasileiro vive nessa metade do século XXI, onde existem várias espécies de depósitos humanos, conforme será observado na seção seguinte.

2.2 A COMPOSIÇÃO DA ESTRUTURA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL

O segundo objetivo da presente pesquisa, busca identificar a composição da estrutura do sistema carcerário no Brasil. Nesse cenário, essa seção inicia pontuando que no sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado. E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto (CANTO, 2020).

Historicamente, tem-se que os primeiros sistemas prisionais eram as casas de força, onde a pena era aplicada como detenção perpétua e solitária em celas muradas. Porém, no século XVII, a pena privativa de liberdade foi reconhecida como substituta da pena de morte e, até o século XVIII, grande número de casas de detenção surgiu (CAMARGO, 2016). A prisão figurando como pena é de aparecimento tardio na história do Direito Penal. No Brasil não foi diferente. No princípio, a prisão como cárcere era aplicada apenas aos acusados que estavam à espera de julgamento. Essa situação perdurou durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais tinham por base um direito penal baseado na brutalidade das sanções corporais e na violação dos direitos do acusado (ASSIS, 2017).

Em conformidade com a legislação brasileira, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, e a de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência para regime fechado, a teor do disposto no art. 33 do Código Penal. A pena de prisão simples deverá ser executada sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto (CANTO, 2020).

Todavia o que se observa, é que a prisão no sistema prisional no Brasil, em vez de servir de um instrumento de ressocialização, de educação para a liberdade, vem a ser, não importam os recursos disponíveis, um meio corruptor, um núcleo de aperfeiçoamento no crime, onde os primários, os menos perigosos, adaptam-se aos condicionamentos sociais intramuros, ou seja, assimilam, em maior ou menor grau, os usos, costumes, hábitos e valores da massa carcerária, os "influxos deletérios" (CAMARGO, 2016).

Em complemento ao presente exposto, Silva (2018) comenta em seus estudos que, o nosso Sistema Penitenciário apresenta-se bastante complexo, no que se refere à

estrutura física, uma vez que envolve variados modelos de unidades prisionais, isto é, como unidades penitenciárias e extra penitenciárias, pois para cada uma delas deve-se verificar sua distinção, tendo o legislador definido os estabelecimentos do Sistema, destinando cada qual a um fim. A crise do sistema penitenciário brasileiro não é uma contingência da atualidade e sim uma continuidade fruto de um longo processo histórico impermeado pelo escravismo do período colonial, mas que se agrava com a falência gerencial (SILVA, 2018).

Na Lei de Execução Penal (LEP) estão estabelecidas as normas fundamentais que regerão os direitos e obrigações do sentenciado no curso da execução da pena. Constitui-se na Carta Magna dos presos, tendo como finalidade precípua a de atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do recluso. Os detentos têm assegurado pela CF seu direito à vida, à dignidade, à liberdade, à privacidade, entre outros (CANTO, 2020). Alexandre (2016) em de forma sucinta elenca alguns destes princípios, como descritos a seguir:

I. Princípio da dignidade da pessoa humana: Assegura e determinam os contornos de todos os demais direitos fundamentais. Quer significar que a dignidade deve ser preservada e permanecer inalterada em qualquer situação em que a pessoa se encontre. A prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito à dignidade. No tangente aos princípios e garantias constitucionais podemos dizer que o princípio da legalidade assegura que os presos só podem ter restrições de direitos quando previamente previstos em Lei.

II. Princípio da igualdade: Garante igualdade aos presos no que diz respeito aos direitos fundamentais. Garante respeito às diferenças e determina que todos deve ser feito tão iguais quanto possíveis quando a desigualdade implicar prejuízo de alguns. A igualdade também assegura o direito de ser diferente, de não se submeter a tratamento de modificação de personalidade e proíbe discriminação de tratamento, dentro ou fora do presídio, em razão de especial condição seja de ordem social, religiosa, racial, político-ideológico.

III. Princípio da individualização da pena: Assegura que a pena seja aplicada àquela pessoa individualmente considerada, de forma a possibilitar o livre desenvolvimento da sua personalidade individual e que deve haver proporção entre ação e reação, entre gravidade do crime e gravidade da pena e que a pena deve ser cumprida dentro do marco constitucional de respeito à dignidade do sentenciamento e não em função dos anseios sociais de punição (ALEXANDRE, 2016).

O espírito da lei é o de conferir uma série de direitos sociais ao condenado, visando assim possibilitar não apenas o seu isolamento e a retribuição ao mal por ele causado, mas também a preservação de uma parcela mínima de sua dignidade e a manutenção de indispensáveis relações sociais com o mundo extramuros. Se fosse efetivada integralmente, a LEP certamente propiciaria a reeducação e ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual (CANTO, 2020).

Entretanto, a forma como o Estado vem mantendo as prisões, provavelmente seja uma situação mais humilhante que a aplicação dos castigos corporais que ocorriam na fase anterior do período Humanitário, misturando os presos primários com outros reincidentes e os que praticaram crimes leves com presos de alta periculosidade, em celas superlotadas, nas quais os espaços construídos para seis abriga vinte e nas quais se encontram doentes misturados com indivíduos sãos, todos mantidos na ociosidade e, sem as mínimas condições de higiene, entregues à própria sorte, submetidos a toda modalidade de exploração pelos inescrupulosos, quando o mais fraco ou pobre torna-se objeto da satisfação do desejo sexual do mais forte (SILVA, 2018).

A promiscuidade interna é tamanha que com o tempo leva o preso, a perder o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta; isto é, em vez do Estado, via cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o encarcerado de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma inversa (CERNEKA, 2019). Nota-se, portanto, que o desrespeito ao preso não atinge apenas os seus direitos, agridem a sua própria condição de ser humano, rebaixando-os à situação de animais insignificantes.

Ao invés de se reabilitar, o detento passa a nutrir um ódio cada vez maior pela sociedade que o colocou ali. Em sua mente, a sociedade não lhe deu emprego, educação ou qualquer condição que lhe garantisse a subsistência. O crime que cometeu foi motivado pela própria sociedade e ele não teria praticado se essa mesma sociedade não lhe tivesse motivado. Os presos precisam de ajuda, de respeito, para terem esperança de recuperarem sua moral, a paz de seu espírito e o reequilíbrio social (ALEXANDRE, 2016).

Para considerar a questão de gênero no sistema penal, há que se ir além do mero gesto de pintar os muros da unidade de cor de rosa; dizer que a mulher é mais emocional; e tornar acessíveis os remédios controlados que ajudam a dormir. Contemplar a questão da mulher presa significa muito mais do que desenvolver concursos de "Miss Penitenciária", como vem ocorrendo com frequência. O concurso de beleza na penitenciária reforça os

estereótipos de beleza impostos às mulheres através das capas de revistas, cinema e das grandes telenovelas. Sendo assim, 99% da população prisional mais uma vez sentir-se-á feia perante os padrões de beleza, pois apenas uma sairá vencedora (CERNEKA, 2019).

Cerneka (2019) doutrina que, “a prisão feminina foi criada no Brasil no início dos anos 1940, no mesmo momento em que acontecia a reforma penal. Os juristas da época defendiam a ideia de que a redução da desigualdade entre os sexos, no âmbito da sociedade ocidental, implicaria uma maior presença da mulher não apenas na área do trabalho fora de casa, mas seria responsável também pela inserção da mulher no mundo do crime”. Ramos (2020, p. 1210) descreve que:

O sistema carcerário não foi pensado para as mulheres até porque o sistema de controle dirigido exclusivamente ao sexo feminino sempre se deu na esfera privada sob o domínio patriarcal que via na violência contra a mulher à forma de garantir o controle masculino. O direito penal foi constituído visando os homens enquanto operadores de papéis na esfera (pública) da produção material.

Apesar da existência do dispositivo legal, a realidade prisional brasileira vem mostrando que, em algumas unidades da federação, existe um complexo penitenciário polivalente, em que o local para mulheres é uma de suas unidades, ainda que tenha separação por gênero; ou pior, ainda existe apenas uma cela destinada a essa categoria, como será demonstrado com dados mais adiante (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

2.3 DIREITOS BÁSICOS PARA SAÚDE DA MULHER EM CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Por fim, o terceiro objetivo de nosso estudo vem avaliar a legislação acerca dos direitos básicos para saúde da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade. Em um âmbito geral, quando se estuda a população carcerária, seja ela feminina ou masculina, é impossível fugir da análise do fator que potencializou a imersão destes indivíduos no mundo do crime. Então se entra em um assunto muito complexo, pois a sociedade é um nicho de acontecimentos que convergem entre si, perfazendo consequências entre ações e reações, gerando desta forma um ciclo impetuoso e destrutivo (MAKKI; SANTOS, 2019).

Em se tratando de questão normativa internacional no campo da mulher presa, importa mencionar que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da Organização

das Nações Unidas (1955) preveem que o tratamento das pessoas sujeitas à pena privativa de liberdade deve ter por objeto a promoção do seu desenvolvimento, do respeito próprio e do sentido de responsabilidade (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

A mulher infratora é diferente nas motivações para o crime, nos tipos de crime cometidos, nas necessidades quando sob custódia do Estado e na hora de sair do presídio e retornar ao convívio de sua família. Mesmo que a população feminina no sistema brasileiro ainda não tenha chegado 7% do total de presos, ela representa um número significativo dentro da população carcerária, o que em termos absolutos são menos de 30.000 presas. O Estado tem condições de atender com seriedade a este contingente, tomando providências estratégicas e evitando a todo custo às soluções paliativas e de curto prazo que só agravam a situação da mulher no cárcere (CERNEKA, 2019).

“No Brasil, poucos são os estudos que tratam da criminalidade feminina em relação à criminalidade em geral. Consequentemente, os dados são escassos e pouco reveladores da real dimensão deste fenômeno social” [...] (p. 548). O crime feminino parece estar paulatinamente sendo menos associado ao estereótipo do homicídio passional, com forte conteúdo de amor ou ciúme, sendo cada vez maior a presença da mulher em outros atos delituosos, como o tráfico de entorpecentes, roubos seguidos ou não de morte e sequestros. Esta mudança no panorama geral da criminalidade feminina fica ainda mais evidente se observarmos sua crescente inserção no tráfico de entorpecentes (ALEXANDRE, 2016).

Segundo a LEP o estabelecimento penitenciário feminino deve ser individualizado, ou seja, a mulher presa não pode ser mantida em estabelecimento que abrigue indivíduos homens, se for o caso de estarem no mesmo estabelecimento, deve ser em alas diferentes e sem comunicação entre eles. São formas de proteção que demonstram a preocupação com a mulher e sua dignidade. Os estabelecimentos penitenciários femininos não possuem diferenças senão aquelas necessárias à adequação dos direitos do gênero feminino (MAKKI; SANTOS, 2019).

No ambiente prisional feminino as mulheres precisam de atendimentos médicos e odontológicos, além de tratamento e prevenção para doenças como diabetes, hipertensão, depressão, hepatite, tuberculose, DSTs como AIDS e outras tantas, além de que, necessitam de atendimentos específicos do gênero como nos casos das gestantes, parturientes e lactantes, exames preventivos de câncer de mama e útero (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

Porém o que se observa na literatura consultada, é um vazio no contexto da maternidade atrás das grades, e a garantia dos direitos fundamentais a “mãe aprisionada”.

Fortalecendo a esse discurso, o que foi observado em nosso acervo bibliográfico, foi que a relação mãe-filho é dilacerada de forma perversa. Muitas vezes sem uma justificativa em relação à ausência da mãe, este filho fica sem resposta, entregue a uma experiência de abandono. As internas relatam ser muito doloroso o cumprimento da pena sem interação com os filhos e familiares, sem notícias ou visitas. Assim, o cumprimento de pena acaba por ser um momento solitário e, devido a estes distanciamentos, a perspectiva de retorno breve ao convívio em sociedade torna-se uma fonte de angústia (ALEXANDRE, 2016).

O ingresso de mulheres gestantes para cumprimento de pena privativa de liberdade já se constitui como uma questão que merece reflexão e ações no âmbito da gestão dos complexos prisionais. São inegáveis as precárias condições de habitabilidade em que se encontram as penitenciárias brasileiras, e o problema se agrava na medida em que as unidades femininas não dispõem de recursos humanos especializados e espaços físicos necessários à saúde da mulher, em especial ao tratamento pré-natal e pós-natal. Outro fator bastante problemático refere-se ao período de idade máxima para a permanência da criança junto à mãe que cumpre pena de prisão. Das respostas obtidas na pesquisa junto às unidades da federação, observa-se uma variação entre quatro meses e seis anos de vida da criança. Apesar de 63% informarem um período de até seis meses, o que se percebe é a falta de discussão científica sobre esse procedimento (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

Ramos (2020) em seus estudos elenca uma série de questionamentos acerca da maternidade no sistema prisional brasileiro, onde temos, A questão da maternidade nos presídios, embora já tivesse várias previsões legais para seu exercício, nunca foi efetivada enquanto política pública. De acordo com Gomes (2020) ao se entrar na prisão muitos dos chamados direitos são suspensos, e o sujeito restrito a uma lógica e a regras peculiares deste ambiente, que são incontestáveis e que custam o tempo de liberdade de quem está dentro desses estabelecimentos.

Desta forma, o momento do parto no contexto prisional se configura como uma das diversas desumanidades que ocorrem naquele lugar. No parto, segundo a lógica prisional, a mulher ainda é uma criminosa, alguém que rompeu um contrato social e feriu a sociedade. Portanto, as condições para ela são as piores possíveis, a ponto de poder-se recorrer ao período da escravidão para se aproximar das condições que a mulher presa se encontra nesse momento (MAKKI; SANTOS, 2019). É importante apontarmos tal questão,

pois para muitas mulheres, o parto dentro do modelo higienista e das subjetividades dominantes é encarado como o melhor momento, o mais emocionante de suas vidas. Em consonância a esse pensamento, Ministério da Justiça (2018), traz em sua redação os direitos básicos destinado as mulheres aprisionadas, conforme segue:

I. Assistência à saúde: é fato que as mulheres encarceradas necessitam de um atendimento diferenciado quando comparadas aos homens, e por isso necessitam de uma estrutura médica também diferenciada, mas isto não ocorre na maioria dos estabelecimentos[2].

II. Assistência social: De acordo com dados de 2018 existem assistentes sociais em 90,20% dos estabelecimentos penais, vale ressaltar, que está assistência visa amparar a presa e prepará-las para o retorno à sociedade, segundo o Art.22, da Lei de Execução Penal.

III. Assistência jurídica: é direito da detentas a assistência jurídica e este é feita por meio de servidores do próprio órgão responsável pela administração penitenciária e/ou pela Defensoria Pública. Apesar disso, mesmo aqueles que prestam algum tipo de assistência jurídica, o fazem de maneira insatisfatória.

IV. Assistência religiosa: todos os estabelecimentos penais femininos permitem à prática religiosa, através de visitas de representantes das entidades que prestam tal assistência. As religiões mais presentes são: protestante, católica e espírita. Ao contrário da realidade dos encarcerados do sexo masculino, as presas, em sua maioria, contam com locais apropriados para a prática religiosa.

V. Assistência laboral: cerca de 47,46% as mulheres encarceradas desempenham alguma atividade laboral no interior das unidades (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

VI. Assistência educacional: Apesar de ser um direito da detentas ainda é pequeno o número de presas envolvidas em atividades educacionais. São realizadas regularmente campanhas para doação de livros nos estabelecimentos femininos.

Mesmo com todos os direitos básicos garantidos em nosso ordenamento jurídico, o que se observou durante a realização desta pesquisa, é que ao invés de ser uma instituição destinada a reeducar as detentas e prepará-las para o retorno social, para promover os cuidados junto aos seus filhos, a prisão é uma “casa dos horrores” (grifo

nosso), para não dizer de tormentos físicos e morais, infligindo a encarcerada os mais terríveis e perversos castigos, principalmente quando se trata das questões maternais.

Cabe ainda destacar, que antes de ser a instituição ressocializadora, a prisão tornou-se uma indústria do crime, onde os presos altamente perigosos tornam-se criminosos profissionais, frios, calculistas e incapazes de conviverem fora do presídio (SILVA, 2018). A prisão mantém as pessoas sob sofrimento e em convivência forçada, o que enseja a criação de mecanismos de persuasão que favoreçam o cumprimento das regras internas.

As relações construídas na Penitenciária Estadual Feminina favorecem esta aceitação das normas quando efetivamente há uma pressuposição de troca: a administração “dá” os instrumentos para a ressocialização e as internas agradecem com bom comportamento. O valor social da ação delitiva perde sentido e dá lugar ao valor social do encarceramento. O ato criminoso torna-se menos importante que o cumprimento da pena que é o que efetivamente estigmatiza a interna (ALEXANDRE, 2016).

O fato é que, enxergar a mulher sob custódia da justiça como mais do que “não homem” exige mudanças na legislação, na cultura prisional e na sociedade. Essa mudança requer, primeiramente, que o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) ao menos designe uma pessoa como responsável especificamente pela questão da mulher no sistema penal. Com mais de vinte e oito mil mulheres presas no país, valeria a pena o investimento por parte do DEPEN numa estrutura que realmente trabalhasse com recorte de gênero (CERNEKA, 2019).

3 CONCLUSÃO

O intuito dessa pesquisa vem replicar as vivências vividas pelas mulheres da prisão, desvendando a negligência e a inexistência dos serviços de saúde que são “oferecidos” dentro do sistema penitenciário. Nesse contexto a presente pesquisa, buscou responder ao seguinte questionamento: Quais são os direitos básicos destinados a gestante em cumprimento de pena privativa de liberdade? Nesse contexto, tem-se que as penas destinadas as mulheres se amplia na medida em que o aparelho prisional, além de obscurecer a presença feminina, desconsiderando suas necessidades específicas, com vistas ao condicionamento de seu comportamento, utiliza-se do corpo feminino como dispositivo de controle do corpo masculino, e esse cenário fica mais intenso, quando se trata das puérperas aprisionadas, conforme foi destacado durante a realização do estudo.

Além disso, outro acontecimento que chama atenção é o descuido em relação aos serviços de saúde, a falta de referência é exorbitante. É evidenciado que as prisioneiras têm dificuldade até em saber quem são os membros da equipe que prestam atendimentos por conta das limitações sociais e técnicas, ademais, a ausência em relação ao intuito dos seus papéis enquanto funcionários da saúde, a pesquisa revela falhas graves.

Partindo dessa premissa pontua-se que, os direitos básicos destinados a gestante em privação de liberdade estão restritas as precariedades que envolvem o sistema prisional brasileiro, que em geral, atribuem as detentas a responsabilidade pela posição subalternizada. Destacamos ainda que durante o estudo foi observado que o regime destinado as detentas grávidas tem o intuito de ampliar as carências e as interdições sobre o corpo feminino, o que impõe às mulheres cargas adicionais de inseguranças e sofrimentos.

Assim, conclui-se que é de suma importância, para que mudanças aconteçam que haja uma interação e participação de todos os envolvidos no processo sendo: gestores, funcionários e até mesmo as mulheres, para que juntos possam acrescentar conhecimento, o que dividiria a responsabilidade, em especial quando os indivíduos que precisam de cuidados não venham ter um aumento das suas vulnerabilidades.

4 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Sérgio Luiz. **Os direitos do Preso na Execução Penal: O trabalho do preso como fator ressocializador**. Tijuca: UNIVALE, 2016.

AQUINO, Ítalo de Souza. **Como escrever artigos científicos**. Edição Digital. 2021.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acessado em 14.07.2022.

BRASIL. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília, 2004.

_____. **Norma Operacional Básica do Suas (NOB/Suas)**. Brasília, 2006.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acessado em 14.07.2022.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. (2020). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CERNEKA, Rheidi Ann. **Homens que menstruam: Considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. Veredas do Direito, Belo Horizonte. Vol. 6. 2019.

DENCKER, Ada de Freitas M. **Métodos e técnicas de pesquisa em turismo**. 4. ed. São Paulo: Futura, 2000.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo. **As prisões do feminino e as mulheres nas prisões: um recorte sobre a maternidade encarcerada**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal Fluminense. 2020.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **O Serviço Social na cena contemporânea**. In. Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

MAKKI, Salma Hussein; SANTOS, Marcelo Loeblein. **Gênero e criminalidade: Um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil**. 2019. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acessado em: 10.08.2022.

MARTINELLI, Daniela Canazaro de. **Quem são as mulheres encarceradas?** 2018. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre. 2018. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigos>. Acessado em: 10.08.2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Mulheres Encarceradas**: Diagnóstico Nacional. Brasília, 2018.

QUADROS, Pedro Oto; SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Amamentação: direito da mãe ou da criança? Um olhar sobre as práticas do encarceramento feminino**. Tese relativa ao Bloco Temático. Direito à vida, à saúde e a condições dignas de sobrevivência. 2018. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigos>>. Acessado em: 10.10.2022.

QUEIROZ JUNIOR, Aderaldo Ribeiro de. **A realidade carcerária: um retrocesso à ressocialização**. Jus navigandi, 2015. Disponível em: <<https://heliorigaud.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18.04.2022.

RAMOS, Luciana de Souza. **O reflexo da criminalização das mulheres delinquentes pela ausência de políticas públicas de gênero. Em questão: os direitos sexuais e**

reprodutivos. 2020. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mulheres e tráfico de drogas:** aprisionamento e criminologia feminista. Rev Estud Fem[Internet]. 2016;23(3):761-78.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2017.

YASBECK, Fernanda de Magalhães Dias. **Mulheres aprisionadas: Representando o universo prisional.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. 2019.

NOTAS:

[1] Tem o propósito de oferecer dignidade, tratamento humanizado, conservando a honra e a autoestima do apenado. Encaminhar para o sujeito para um aconselhamento psicológico, projetos de profissionalização e incentivos que colaborem para que os direitos básicos do condenado sejam efetivados e priorizados (QUEIROZ JUNIOR, 2019).

[2] Com relação ao Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, foi constatado, no período da pesquisa, que existem equipes qualificadas em 23,53% dos estabelecimentos do país. Um dado preocupante, mas que infelizmente não surpreende, diz respeito a existência de médicos nas unidades femininas, onde esta realidade ocorre em apenas 35,29% dos estabelecimentos. Dentre os estabelecimentos penais femininos que possuem médicos temos as seguintes especialidades presentes: clínico geral; psicólogos; dentistas; ginecologistas; psiquiatras; enfermeira; pediatra; médicos voluntários, outros profissionais das seguintes áreas estão presentes nos estabelecimentos penais femininos, são eles: fisioterapeuta, nutricionista, oftalmologista, terapeuta ocupacional, professor de educação física. Em 60,78% dos estabelecimentos existem locais apropriados para a realização de consultas e exames médicos. Os estabelecimentos prisionais devem realizar o acompanhamento pré-natal às presas gestantes, através do SUS, assim como exame Papanicolau e o de câncer de mama (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

A PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ÂMBITO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

BEATRICE MIGLIORANZA EVANGELISTA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Fаметro¹⁸.

RESUMO: O presente estudo tem como principal objetivo, analisar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no âmbito do reconhecimento da paternidade socioafetiva. E especificamente, descrever a relevância no ordenamento jurídico da garantia da filiação socioafetiva; identificar o modelo de estrutura familiar justificado pelo resguardo do melhor interesse do menor; e pontuar a importância da manutenção ao afeto e carinho familiar frente os laços consanguíneos e sua aplicabilidade na lei e jurisprudência. A metodologia de pesquisa aplicada ao estudo trata-se da abordagem dedutiva, na qual, se extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. A filiação socioafetiva consiste na filiação, ou seja, a relação estabelecida entre pais e filhos, baseada em laços de afetividade, não havendo hereditariedade. Logo, o princípio do melhor interesse da criança passou a ser núcleo de afetividade, amor, companheirismo e assim perdeu sua função econômica. É, entretanto um princípio bem relativo, o que é melhor para a criança, visto que, cuidar do interesse do menor é cuidar da sua formação moral, social e psíquica, ou seja, buscar investigar a situação do menor garantindo o seu real bem-estar. Quando se respeita o direito de paternidade, seja ele biológico ou afetivo, torna-se plenamente viável a existência de ambos os tipos de vínculo, permitindo que os vínculos originários do mundo de fato sejam reconhecidos na esfera jurídica. Assim, conclui-se que o direito de família deve ter como fundamento do princípio do melhor interesse.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação Socioafetiva. Paternidade. Princípio do Melhor Interesse.

ABSTRACT: The main objective of this study is to analyze the application of the principle of the best interest of the child in the context of the recognition of socio-affective paternity. And specifically, to describe the relevance in the legal system of the guarantee of socio-affective affiliation; identify the model of family structure justified by the protection of the best interests of the minor; and to point out the importance of maintaining family affection and affection in the face of blood ties and its applicability in law and jurisprudence. The research methodology applied to the study is the deductive approach, in which knowledge is extracted from general premises applicable to “concrete hypotheses”. Socio-affective affiliation consists of filiation, that is, the relationship established between parents and children, based on bonds of affection,

¹⁸ E-mail: beatriceevangelista0@gmail.com

without heredity. Soon, the principle of the best interests of the child became the nucleus of affection, love, companionship and thus lost its economic function. It is, however, a very relative principle, which is best for the child, since taking care of the minor's interests is taking care of their moral, social and psychic formation, that is, seeking to investigate the minor's situation, guaranteeing their real well-being. be. When the right of paternity, whether biological or affective, is respected, the existence of both types of bond becomes fully viable, allowing bonds originating in the world to be recognized in the legal sphere. Thus, it is concluded that family law must be based on the principle of the best interest.

KEYWORDS: Socio-affective Affiliation. Paternity. Best Interest Principle.

1 INTRODUÇÃO

O afeto familiar é protegido pela Constituição Federal de 1988, sendo um direito fundamental, bem como é protegido pelo Código Civil em diversos de seus institutos (BRASIL; 1988; BRASIL; 2002). Por ser agasalhado pela Carta Magna, o afeto é considerado como direito constitucional de eficácia horizontal, suscetível de ser invocado ao Estado em face de outrem.

Nesse sentido, Granato (2014) afirma que, o afeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Sendo, um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa (GRANATO, 2014).

De tal forma, a paternidade socioafetiva trata-se do reconhecimento jurídico com base no afeto, sem que haja vínculo de sangue entre as pessoas, ou seja, quando um homem e/ou uma mulher cria um filho como seu, mesmo não sendo o pai ou mãe biológica da criança ou adolescente.

Partindo a premissa têm-se a seguinte indagação: "Como o reconhecimento da paternidade socioafetiva está condicionado à observância do melhor interesse da criança?".

Compreender sobre as diferentes estruturas familiares adotadas no ordenamento jurídico brasileiro é um fator fundamental para identificar a filiação socioafetiva como alternativa de atingir o melhor interesse do menor. Considerando que, a filiação socioafetiva, no entanto, corresponde a fatos óbvios e deriva de direitos de filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família para cumprir suas funções sociais fez com que as verdades biológicas

passassem a ter um papel secundário. Logo, revela-se a constância social da relação entre pais e filhos, mostrando que a existência de uma relação pai-filho não é um simples fato biológico ou presunção legal, mas fruto da convivência afetiva.

A temática justifica-se pela relevância acadêmica e social, visto que, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve o reconhecimento declarado da filiação socioafetiva independentemente da paternidade/maternidade biológica da criança ou adolescente. Este vínculo afetivo, caracterizado pelo relevante valor jurídico, tem assolado diversos núcleos familiares, pela conjectura dessa “responsabilidade extramatrimonial”.

Ainda nesses parâmetros, é notado que, a relações geradas pela filiação socioafetiva tendem a ser tão relevantes, fortes e concretas, como aquelas já estabelecidas pela condição sanguínea entre pais e filhos, afinal, busca-se, com este diferente núcleo familiar, ponderar e assegurar o melhor interesse do menor. Assim, diante do neoconstitucionalismo e da irradiação de suas normas sobre o direito de família, houve a despatrimonialização da família, ou seja, o rompimento com uma tradição que apenas enxergava a família sob o viés patrimonial, reconhecendo que o afeto, carinho e solidariedade recíproca no seio da família são mais valiosos ao menor do que somente o pagamento de alimentos pelos genitores.

Além disso, o que se pondera é que, se tratando do reconhecimento ser realizado com um menor, o abandono possui um valor jurídico, pois viola o direito fundamental ao afeto e o poder judiciário tem reconhecido e resguardando o melhor interesse do menor ao considerar a filiação socioafetiva como instrumento adequado de poder familiar.

Portanto, o presente estudo tem como principal objetivo, analisar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no âmbito do reconhecimento da paternidade socioafetiva. E especificamente, descrever a relevância no ordenamento jurídico da garantia da filiação socioafetiva; identificar o modelo de estrutura familiar justificado pelo resguardo do melhor interesse do menor; e pontuar a importância da manutenção ao afeto e carinho familiar frente os laços consanguíneos e sua aplicabilidade na lei e jurisprudência.

A metodologia de pesquisa aplicada ao estudo trata-se da abordagem dedutiva, na qual, parte da opinião geral para alcançar percepção particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas” (MARCONI; LAKATOS, 2019). Tomando ainda por referência, pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.).

2 CONCEITUANDO FAMÍLIA

O poder familiar não possui conceituação no código civil (BRASIL, 2022) por se tratar de um vocábulo bem amplo, que cabe inúmeros sentidos e formas de interpretá-lo, é difícil conceituar de forma simples, tendo em vista a constante evolução social.

Assim, “o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem” (GRISARD FILHO, 2009, p. 37), portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

Ocorre que o conceito de família tem diversos aspectos, resultando de alta significação psicológica, sociológica e jurídica. No entanto os psicanalistas trazem a seguinte observação:

Entre todos os grupos humanos a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna (GRISARD FILHO, 2009, p. 39).

Já, quanto ao aspecto sociológico, vale ressaltar sobre a impossibilidade da delimitação de um conceito único de família, nos seguintes termos:

De acordo com Vasconcellos (2014, p.19), em uma definição sociológica, a família contém uma categoria específica de “relações sociais reconhecidas e, portanto, institucional”. Nesse conceito, a família “não necessariamente atende a uma definição legal estrita”.

No mesmo sentido, pode-se interpretar que a família é “um grupo fechado de pessoas, composto pelos genitores e filhos, podendo haver a inclusão de outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só economia” (PEREIRA, 2010, p.14) Todavia, um dos seus principais alicerces são os vínculos, o afeto propriamente caracterizado, como entende parte da doutrina ao destacar que “é formada por duas estruturas: os vínculos e os grupos, sendo que é a partir desses vínculos que surgem os grupos” (FIUZA, 2008, p. 35).

A sociedade do século XXI é uma sociedade diversificada, muito complexa, e diferenciada; está em evidência que para haver uma formação de família não é preciso ter

exclusivamente homem e mulher, pai e mãe, mas apenas pessoas com um único objetivo de conjugar suas vidas intimamente, por um afeto que as uni. Barros (2002, p. 09), chega a afirmar que:

O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir família, Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente [...] (BARROS, 2002, p.09).

Cada estrutura familiar se apresenta de uma forma distinta, tem cada uma sua individualidade não se trata de um grupo igualitário, mas sim, distinto. A estrutura familiar se apresenta de um modo distinto, e são essas variantes que fazem o indivíduo decidir o modelo familiar que lhe parecer mais coerente com suas escolhas e ideologia, sendo um aspecto central e adequação com “o LAR: lugar de afeto e respeito entre seus membros” (DIAS, 2016, p. 33).

O direito de família está obrigatoriamente relacionado ao afeto familiar, pois a base do afeto familiar é o vínculo de parentesco, que é a materialização da família, tornando esse vínculo irrefutável. As famílias são fortalecidas quando o amor fala por elas. Dias (2016, p. 72) afirma que “o atual princípio norteador do direito de família é o princípio da emoção, porque a emoção tem valor jurídico”. Isso se reflete nas muitas decisões em que os critérios emocionais ficam lado a lado com os critérios biológicos.

Logo, a característica principal e fundamental da família agora passa a ser o afeto. Dessa forma, leva-se em consideração o seu fundamento, devendo ter um único objetivo, a plena realização do ser humano, a fim de consumir o bem-estar de seus membros.

2.1 Filiação

A filiação é um instituto do direito de família que trata das relações entre pais e filhos, ou seja, entre ascendentes e descendentes, o que, assim como o instituto da família, sofreu modificações e possui hoje um sentido mais amplo, incluindo filhos adotados, gerados por inseminação artificial, afetivos e etc.

Anteriormente a Constituição Federal de 1988, havia distinção entre filhos legítimos, concebidos no casamento, ilegítimos, concebidos fora do casamento e adotados. Os dois últimos não eram reconhecidos como filhos e por isso, tinham direitos diferentes dos outros. Não tinham, por exemplo, direitos sucessórios e alimentares (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Essa situação fazia com que, em prol do matrimônio, os filhos não fossem reconhecidos e sofressem discriminação, ou seja, os filhos eram responsabilizados pelos atos dos pais, de certa forma, culpados por não serem legítimos. Os filhos ilegítimos não tinham direito a identidade, a alimentos, herança, simplesmente em razão da forma que foram concebidos, o que, entretanto, não foi causada por eles e assim, prejudicava-se o filho, o menor que necessita de proteção e auxílio e beneficiava-se o pai, que não sofria as devidas consequências de seus atos (DIAS, 2016).

Tais regras foram mudando aos poucos, com novas leis e princípios, por exemplo, a possibilidade de dissolução do casamento e a lei do divórcio (DIAS, 2016), mas foi a Constituição Federal de 1988 que colocou fim a isso e estabeleceu a igualdade entre os filhos, através do art. 227, § 6º, já mencionado, sendo preceito da Convenção de Interamericana de Direitos Humanos. A ideia de que eram apenas filhos os concebidos matrimonialmente eram nitidamente patrimonialista e retrógrada, visando a manutenção dos bens entre a família "moralmente" estabelecida (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Segundo Venosa (2002), o Código Civil focava-se na família legítima, baseada no casamento, pois a família era tipicamente matrimonializada, patriarcal e biológica, entretanto novos preceitos surgiram na família e assim, definindo igualdade na filiação, princípio constitucional do direito de família e previsto no artigo 1596 do atual Código Civil, vide abaixo.

LEI Nº 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - Institui o Código Civil.

Das Relações de Parentesco

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer

designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2002, NÃO PAGINADO).

Filiação, segundo Lôbo (2012, p.101), é “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por inseminação artificial heteróloga”. Pode ser biológica ou não, mas sem nenhum tipo de discriminação, tornou-se um conceito único sem demais distinções.

De modo simplificado e biologicamente falando, é a descendência direta em primeiro grau, entretanto, é mais adequado dizer que é a relação jurídica entre pais e filhos, que gera a maternidade e paternidade. Não está restrita a transmissão genética, pois o nascimento do filho não necessariamente coincide com a relação jurídica, pode haver o laço biológico sem o vínculo jurídico e da mesma forma, o contrário. Para tanto, utiliza-se a presunção de paternidade e o reconhecimento judicial ou voluntário.

Ainda que tenha sido estabelecida a igualdade entre os filhos, o Código Civil ainda define a presunção de paternidade aos filhos de pais casados e a não presunção em caso contrário. O meio para se reconhecer os filhos fora do casamento é através da voluntariedade ou ação judicial.

2.2 Paternidade

Com a promulgação da ordem constitucional em 1988, a família passou a ser responsável pelo desenvolvimento de seus membros, pois o afeto familiar está extremamente relacionado às relações familiares (BRASIL, 1988). Portanto, a relação entre pai e filho não se limita mais à sua origem biológica, pois passou-se a ter a relação socioemocional reconhecida como base para o desenvolvimento e formação da personalidade da criança. Nesse sentido, é importante enfatizar que uma vida familiar saudável pode garantir que os filhos sejam moral, mental e fisicamente saudáveis (PETRUCCI; BORSA; KOLLER, 2016).

O artigo 227 da Constituição Federal, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), atribui aos pais e responsáveis o dever geral de cuidado, criação e convivência familiar de seus filhos, bem como de preservá-los de negligências, discriminação, violência, entre outros. Assim, não há como obrigar um pai a amar um filho, mas a legislação lhe assegura um direito de ser cuidado. Os responsáveis que negligenciam ou são omissos quanto ao dever geral de cuidado podem responder judicialmente por terem causado danos morais a seus próprios filhos.

Apesar da relevância do instituto da filiação socioafetiva no direito brasileiro percebe-se que esta noção exerce apenas um papel secundário, haja vista o tratamento legislativo apresentar lacunas, pois “a paternidade em que se fundamenta o direito positivo não alcança a realidade de diversos núcleos familiares.” (DELINSKI, 2003, p. 81).

Portanto, uma vez inserido no sistema, a noção de filiação socioafetiva faria cessar a presunção pater is est, determinando uma paternidade diversa, baseada no afeto (BOEIRA, 1999).

3 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A afetividade é um ato de livre vontade, construído na convivência familiar e no exercício das funções parentais, é um princípio do direito de família constitucional, conforme artigos 226 e 227 da Constituição Federal, em que os laços afetivos, psicológicos, pessoais e emocionais valem mais que apenas a hereditariedade. A família é o ambiente de sua efetivação e instrumento de realização pessoal e da dignidade da pessoa humana.

Considerando que, as relações de parentalidade podem ser consideradas construções sociais, atravessadas por questões de gênero e de poder, sendo entendidas socialmente sob os conceitos de paternidade e maternidade, para o exercício saudável da parentalidade, é necessária uma relação potencializada entre pais e filhos no sentido de fornecer espaço de participação familiar à prole, através de relações compreensivas e do exercício construtivo e equilibrado da parentalidade (SCHOLZ et al., 2015; SANTOS et al., 2022).

A filiação socioafetiva consiste na filiação, ou seja, a relação estabelecida entre pais e filhos, baseada em laços de afetividade, não havendo hereditariedade. Farias (2016, p. 35) define: “pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (função)”. Ser mãe ou pai consiste em uma função protetora, assistencial, educacional e etc. que não precisa partir necessariamente de uma pessoa com os mesmos genes, pois é uma função de livre decisão e repleta de sentimentos pessoais.

Do ponto de vista psicológico, a capacidade dos pais em exercer a parentalidade segura e responsável passa pelas condições de atender às necessidades de seus filhos e promover seu desenvolvimento sem provocar prejuízos. Contudo, a filiação socioafetiva se caracteriza pela posse de estado de filho, que consiste num ato de vontade que estabelece os laços afetivos. A posse de estado é quando a situação jurídica não condiz com a verdade real, de modo que na filiação, acredita-se que uma pessoa é pai/mãe da outra ainda que juridicamente não seja, mas é através dessa posse que se cria os laços e se efetiva a paternidade afetiva (DIAS, 2016).

Em relação a posse do estado de filho, ela corresponde à “relação de afeto, íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina” (TARTUCE, 2017, p. 53).

Assim sendo, o oficial de registro deve estar atento à comprovação da posse do estado de filho, mais especificamente, no tocante aos elementos do tratamento e da fama que, aliados ao requisito da manifestação de vontade, caracterizam a filiação socioafetiva.

Conforme Pereira e Alarcão (2015), a capacidade parental diz respeito ao que é possível ao prestador de cuidados fazer e refere-se à estrutura que permitirá (ou dificultará) a atualização e desenvolvimento das competências parentais, tais como: a vinculação, a empatia, os modelos de cuidado e capacidade de participar da vida comunitária, remetendo a uma dimensão evolutiva. Nesse contexto, tanto o pai quanto a mãe possuem responsabilidade afetiva com o filho, sendo passíveis de regulação e avaliação posterior ao desenvolvimento.

3.1 O pluralismo familiar e o princípio do melhor interesse do menor

A Constituição Federal revolucionou o direito de família, pois ampliou o conceito de família e assim, permitiu o reconhecimento de novas entidades familiares, o que na verdade já era presente na realidade brasileira. Passou a proteger qualquer manifestação afetiva e não apenas a família formada pelo casamento (FARIAS, 2016).

Essa revolução se deu pelo fato da CF/88 não elencar mais apenas a família formada por matrimônio, mas também pela união estável e monoparentais, conforme artigo 226, §§3º e 4º, sendo estes apenas exemplos, o que dá abertura para novas famílias. Há estudos que demonstram que mais de um quarto da sociedade brasileira vive em uma família monoparental, chefiada por mulheres solteiras, viúvas ou separadas. É necessário hoje uma nova visão sobre o modelo de estrutura da entidade familiar (CARVALHO, 2015).

O princípio do pluralismo das entidades familiares quer o respeito e reconhecimento das diversas possibilidades de arranjos familiares sem nenhum tipo discriminação visto que a família é instrumento de desenvolvimento humano que não pode ser moldado de forma engessada e sofrer repressões (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Logo, em respeito a esse princípio é que as leis, a jurisprudência e a sociedade devem respeitar e acolher as diversidades familiares.

O princípio do melhor interesse da criança surgiu com a evolução da família, que mudou de estrutura e passou a ser núcleo de afetividade, amor, companheirismo e assim perdeu sua

função econômica. Tornou-se ambiente de valorização e dignidade do homem, o que deu abertura para a que os direitos do menor ganhassem destaque (PEREIRA, 2006).

A criança e ao adolescente encontram em situação de fragilidade, pois estão em processo de amadurecimento e formação e por isso o direito tem o dever de protegê-los, razão da existência desse princípio. É, entretanto um princípio bem relativo, o que é melhor para a criança pode variar e os princípios são geralmente abrangentes e circunstanciais, logo é melhor analisado em situações concretas que podem mudar a ideia de melhor (PEREIRA, 2006).

Esse princípio é resguardado pela Constituição Federal em seu art. 227, pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), especialmente em seus art. 3º, 4º e 6º e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Estabelecem no geral, a proteção à criança e o adolescente, a prioridade de seus interesses, a garantia de seus direitos e necessidades básicas e o dever dos pais, da família, da sociedade, do Estado perante eles. Interessante citar que o princípio do melhor interesse da criança ilumina a investigação das paternidades e as filiações socioafetivas e assim, outros institutos também (LÔBO, 2012).

Cuidar do interesse do menor é cuidar da sua formação moral, social e psíquica, ou seja, utilizar esse princípio em todas as áreas e aspectos da vida do menor e buscar investigar a situação do menor garantindo o seu real bem-estar.

4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE A PRIMAZIA DO AFETO E CARINHO DO MENOR

De acordo com Oliveira (2018, p. 24) a “paternidade socioafetiva, é a prova da força que o afeto tem na vida dos indivíduos, é o vínculo gerado entre pai e filho, independente da consanguinidade”. Tal afirmativa se torna evidente quando se confirmou a constituição de uma família, desde que houvesse afeto, não importa de onde viesse ou de que forma pudesse ser constituída.

Ainda de acordo com o Oliveira (2018), o afeto surge como um novo paradigma no direito de família por estar intimamente relacionada aos fundamentos do núcleo familiar. Para as famílias, a relação pais-filhos também passou a ser vista na perspectiva do afeto familiar, resultando na despaternização da relação pais-filhos, que extrapola o código genético. A relação pais-filhos não é apenas um fato natural, mas também uma cultura, como o ditado popular “o pai é quem cria” (OLIVEIRA, 2018).

Em outros termos, o pai afetivo é aquele que educa, cuida, dá amor, está presente na vida da criança, assume responsabilidades, atua efetivamente com a figura paterna, é o pai que a criança vê a imagem da confiança, especialmente a imagem do amor. Em outras palavras, a relação afetiva pais-filhos é a relação que a vida cotidiana estabelece com a criança de forma cultural e psicológica.

O pai afetivo é aquele que ocupa na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor...ao filho, expõe o fato íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos inclusive naqueles em que se torna a lição de casa ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam. Em suma, com base em tudo o que vimos anteriormente, entendemos que a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas (NOGUEIRA, 2015, p. 119).

A filiação afetiva é regulamentada implicitamente pela Constituição Federal e pelo Código Civil e na Constituição Federal de 1988, no artigo 226, § 6 que afirma que todos os filhos, independentemente de sua origem, são iguais, mesmo na Carta Magna há outras cláusulas que se referem ao afeto, como o § 226, § 3, 4 e 7. O Código Civil, em seu artigo 1.593, regulamenta o parentesco afetivo, a relação de parentesco é natural ou civil, conforme seja consanguínea ou de outras origens (BRASIL, 2002).

No entanto, é importante destacar que no Código Civil de 2002 existem outras referências relacionadas às relações socioemocionais pais-filhos, a saber:

- a) Art. 1.593: Descreve o parentesco como natural ou civil, pois é resultado de consanguinidade ou outras origens. Portanto, o relacionamento de parentesco primário é configurado como um relacionamento pai (ou mãe) filho. Ao contrário dos persistentes equívocos da jurisprudência, inclusive do STJ, a norma é inclusiva na medida em que não atribui a primazia da origem biológica à paternidade de qualquer origem adotada com igual dignidade.
- b) Art. 1.593: Reproduz a regra constitucional de que os filhos são iguais independentemente de serem de antigas relações jurídicas, ou por adoção, com os

mesmos direitos e qualificações. A Seção 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação, inaugurando um paradigma de abertura e inclusão.

- c) Art. 1597: Reconhecimento de relação por inseminação artificial heteróloga, ou seja, o uso de sêmen de outro homem, desde que obtida autorização prévia do marido da mãe. A origem da criança, em relação ao pai, é parcialmente biológica, pois o pai é inteiramente um parceiro emocional e nunca pode ser contrariado por uma investigação mais aprofundada da relação pai-filho.
- d) Art. 1.605: Se houver provas do estado de filiação, ou quando for feita uma presunção com base em fatos comprovados, e devotos do estado de pertença. As possibilidades para a segunda hipótese são amplas, pois em cada caso ficam de fora outras provas da situação factual. Na experiência do Brasil, tanto os filhos adotivos quanto as adoções de fato, também conhecidas como adoções à brasileira, são feitas por meio de declarações falsas ao estado dependente sem seguir o processo judicial. dados públicos.
- e) Art. 1614: ambas normas mostram que reconhecer a subordinação não é uma imposição da natureza ou teste de laboratório, pois concedem a liberdade de rejeitá-la. A primeira norma torna a validade do reconhecimento dependente do consentimento do filho mais velho, e se não o fizer, mesmo biológico, não será reconhecido. A segunda regra permite que os filhos menores contestem o reconhecimento da paternidade dentro de quatro anos após atingirem a idade adulta. Se o filho não quiser o pai biológico, e o registro não for promovido após seu nascimento, poderá ser recusado o exercício de sua liberdade e autonomia. Portanto, os registros de nascimento manterão apenas o nome da mãe. Portanto, fica claro que este artigo não se aplica ao pai registrado cujo filho foi concebido em união estável ou união estável, uma vez que a declaração ao registro público de nascimento não atende ao conceito estrito de teste de paternidade.

Conforme descrito por Lôbo (2017), o Brasil avançou muito nas doutrinas jurídicas especializadas denominadas paternidade socioemocional, entendida como parte integrante da vida familiar, independentemente de serem filhos consaguíneos ou não. Porém, essa questão deve ser vista sob dois aspectos: um, é a integração final dos indivíduos no grupo social familiar; outros, a relação afetiva baseada no tempo entre quem assume a paternidade e o filho.

Destarte, a conexão socioemocional é vista como uma construção da realidade factual; o pai não é apenas aquele que transmite a carga genética, ele é quem exerce esse papel no cotidiano. A respeito disso:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. **3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.** 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1087163 RJ 2008/0189743-0) **(grifo nosso).**

De acordo com o supracitado Recurso Especial nº 1087163/2008, a filiação não é apenas uma razão para fornecer alimentos ou compartilhar itens genéticos. Trata da formação de

valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na vida familiar da infância e adolescência.

Portanto, a relação pais-filhos é um direito e uma obrigação, que se baseia na relação afetiva e assume a obrigação de cumprir os direitos básicos dos indivíduos, quais sejam vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e vida familiar (artigo 227 da Constituição). É o pai que assume essas responsabilidades, mesmo que não seja pai.

5 O ABANDONO AFETIVO, SEUS RESULTADOS E IMPLICAÇÕES PARA O MENOR

É imprescindível o reconhecimento de que a dor do abandono possui sim valor jurídico, sendo essa uma violação do direito fundamental ao afeto que nasce no seio da família e no texto da Constituição Federal, de modo que a indiferença afetiva gera dano que merece ser reconhecido e mensurado economicamente.

Conforme Arbex (2016), o abandono emocional ou afetivo resulta da omissão de um dos progenitores no cumprimento dos deveres de ordem moral gerados pelo poder familiar, nomeadamente o afeto familiar, a assistência moral, a educação e a atenção.

Até pouco tempo atrás, quando ocorria a separação do casal, a única obrigação do genitor era de pagar alimentos, permanecendo desonerado de todo e qualquer dever em relação ao filho.

Conforme Dill e Calderan (2011), em circunstâncias normais, o abandono afetivo ocorre com a separação dos pais. Pois, na maioria dos casos, a guarda do filho é concedida à mãe. Assim, o genitor se ausenta, de maneira que não cumpre com seus deveres e obrigações em relação à criança. Todavia, o dever dos sem tutela não se limita à alimentação, mas sim ajudar as crianças a formarem a sua personalidade e a se desenvolverem, pois têm os pais como referência e modelo.

Nesse caso, a psicologia e a psicanálise explicam que o abandono emocional, ou seja, a falta de afeto, amor e cuidado, pode fazer com que as crianças apresentem sintomas de baixa autoestima, rejeição, dano psicológico e saúde física (DAMIANI; COLOSSI, 2015).

O artigo 227 da Constituição Federal, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), atribui aos pais e responsáveis o dever geral de cuidado, criação e convivência familiar de seus filhos, bem como de preservá-los de negligências, discriminação,

violência, entre outros. Assim, não há como obrigar um pai a amar um filho, mas a legislação lhe assegura um direito de ser cuidado. Os responsáveis que negligenciam ou são omissos quanto ao dever geral de cuidado podem responder judicialmente por terem causado danos morais a seus próprios filhos.

Considerando então que, as relações de parentalidade podem ser consideradas construções sociais, atravessadas por questões de gênero e de poder, sendo entendidas socialmente sob os conceitos de paternidade e maternidade, para o exercício saudável da parentalidade, é necessária uma relação potencializada entre pais e filhos no sentido de fornecer espaço de participação familiar à prole, através de relações compreensivas e do exercício construtivo e equilibrado da parentalidade (SCHOLZ et al., 2015; SANTOS et al., 2019).

O primeiro passo a favor da elaboração da responsabilidade civil paterna pelo abandono afetivo aconteceu quando nasceu a possibilidade de se identificar a verdade biológica por meio do exame de DNA, de modo que a perversa alegação de que a genitora teria uma vida sexual promiscua, deixou de levar à improcedência da ação investigatória de paternidade.

Ainda, o Poder Judiciário despertou-se para critérios psicossociais que trouxeram à prova de que é indispensável a presença de ambos os genitores para o saudável crescimento do filho, sobretudo, em razão do pode afetivo em que a criança sente dos pais, mesmo que não biológicos.

A fim de ilustrar esse entendimento Calderón (2013, p. 328) expõe que um dos temas mais palpitantes e polêmicos no Direito de Família brasileiro, na atualidade, diz respeito à temática da possível reparação civil nos casos do denominado abandono afetivo.

Não é possível afirmar, no atual estágio, que exista um entendimento pacificado sobre o tema, tendo em vista decisões de diversas ordens que seguem sendo proferidas e os distintos entendimentos externados sobre o assunto. No quadro atual de complexidade das relações familiares e diversidade de decisões sobre situações aparentemente similares, influenciadas pelas peculiaridades do caso concreto em pauta, quiçá não se chegue a um lugar comum sobre a questão (ao menos em um período próximo). (CALDERÓN, 2013, p. 194)

O Superior Tribunal de Justiça inclusive já entende que é passivo de reparação civil o genitor ou responsável pelo menor que praticar abandono afetivo, conferindo ao afeto o valor jurídico relevante garantido constitucionalmente. A polemica, mas acertiva decisão, provocou

debates no Supremo Tribunal Federal, onde o Min. Fachin (2014, p. 7) realizou as seguintes ponderações:

O tema resulta controvertido até não mais poder; parece-nos ser um passo à frente, possível dentro do atual 'estado da arte' do Direito Brasileiro, cancelar a reparação por abandono afetivo; contudo, questões correlatas, como os equivalentes funcionais, os parâmetros indenizatórios, o sentido e o alcance da própria formação da identidade como direito integrante da personalidade, imaterial e intangível por natureza, fazem nascer problemas complexos e merecer dita reflexão. Será a 'ética da responsabilidade' e não a 'ética da convicção' que dará em breve responder a essa questão (FACHIN, 2014, p.7).

Dessa maneira, subentende-se que a simplicidade e aplicação fria da lei não pode mais ser parâmetro e aceito pelos operadores de direito, muito mais que um princípio, o afeto torna-se um verdadeiro laço formador de núcleos familiares. Fato é que o STJ inovou na forma de interpretar o direito de família, conferindo maior responsabilidade aos genitores e responsáveis a fim de assegurar o melhor interesse do menor.

Noutro giro, os tribunais pátrios, seguindo o mesmo entendimento do STJ resolveram aplicar a interpretação da importância do afeto no seio familiar.

Ao julgar a Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286 (SÃO PAULO, 2012), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, validou o reconhecimento da multiparentalidade no âmbito materno, ressaltando a memória da mãe biológica que já havia falecido ao mesmo tempo que reconheceu a importância do afeto presente entre a madrasta e o filho.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (BRASÍLIA, 2013), ao decidir no Recurso Especial nº 1.167.993/RS e no Recurso Especial nº 1.274.240/SC, sobre a manutenção e validação da paternidade socioafetiva, sobrepondo-a à paternidade biológica, destacando que em caso concreto deve ser realizada uma análise minuciosa:

De acordo com Paiano (2017), PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Civil AC 0077173102/RS. 2018, a inseminação heteróloga, realizada por casais homossexuais também pode ensejar a multiparentalidade, como decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da APC 0077173102/RS (PORTO ALEGRE, 2018).

Entretanto, de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, é preciso que o melhor interesse da criança e do adolescente seja observado e assegurado para só assim ser possível reconhecer a multiparentalidade, caso haja a real vontade e desejo das duas partes, como se observa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionado à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. [...] 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, [...] 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido (BRASILIA, 2018, online).

Em uma publicação realizada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (BRASÍLIA, 2018) determinou que o reconhecimento da multiparentalidade está diretamente ligado ao desejo da criança, o Tribunal esclarece ser necessária a prevalência do melhor interesse da criança, e assim, é possível manter somente a filiação socioafetiva no registro de nascimento do menor se o pai biológico não tem interesse em cuidar da criança.

Vale destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898060/SC, criou o Tema de Repercussão Geral nº 622, que tratou de reconhecer a multiparentalidade, onde, no julgado, ficou decidido que a paternidade mesmo que não declarada em registro, não é impeditivo para o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseando-se na origem biológica, e com efeitos jurídicos próprios. Ou seja, é uma evidente superação das limitações jurídicas para o desenvolvimento das famílias pautadas no afeto.

Com toda a análise jurisprudencial realizada no presente, é possível concluir que a multiparentalidade surgiu das decisões dos Tribunais Superiores, que reconheceram a possibilidade de coexistência da parentalidade biológica e socioafetiva. De acordo com Schuh (2006), a descrição do abandono emocional é recente e dificilmente foi escrita a esse respeito, se é que foi feita alguma. Nessas circunstâncias, ao analisar o caso e formar uma condenação, o juiz deve considerar, entre outras premissas, a capacidade litigiosa do demandante, sua vida familiar e se seus pais participaram ou participaram dela. Rezende et al. (2021) afirma que tendo em conta as responsabilidades tutelares dos pais para com os filhos, o abandono emocional na relação de responsabilidade civil dos pais para com os filhos é regulamentado pelo Estado.

Portanto, o abandono emocional traduz-se na violação deste tipo de responsabilidade parental, que pode causar danos e prejuízos aos filhos que são objetos da guarda dos pais. Esse dano tem contornos morais, psicológicos e emocionais, e afeta a formação da dignidade e da personalidade das crianças e adolescentes como seres humanos. O ato de abandono é a conduta consciente dos pais ao amplo dever de cuidar, sendo de responsabilidade subjetiva do sujeito que causou o dano.

6 CONCLUSÃO

Como demonstrado, a família é a base do desenvolvimento e evolução humana. Sendo a família um instrumento de desenvolvimento humano e sociológico. Assim, os laços de sangue, tão comuns no passado para delimitar o vínculo familiar, passaram a serem subjetivos, passando a ser considerado então, o vínculo ao nível emocional. Neste estudo, as relações socioemocionais pais-filhos foram abordados de forma geral, considerando que, é uma relação construída por laços que se desenvolvem entre pai e filho, mesmo sem herança genético-biológica. Essa conexão cria parentesco socioemocional, que faz com que haja o reconhecimento paternal com o filho.

O parentesco socioemocional continuará a ser reconhecido no contexto dos chamados direitos da criança. Ainda que não se baseie na realidade natural ou biológica, a posse estatal cimenta as relações parentais e tem relevância jurídica para todos os efeitos jurídicos no âmbito do direito civil. Uma vez que, não há distinção entre as crianças, sejam biológicas, adotivas, socioemocionais ou causadas por reprodução assistida. Assim, a devoção à emoção como direito fundamental reduz a resistência ao reconhecimento da igualdade entre pertencimento biológico e socioemocional.

Quando se respeita o direito de paternidade, seja ele biológico ou afetivo, torna-se plenamente viável a existência de ambos os tipos de vínculo, permitindo que os vínculos originários do mundo de fato sejam reconhecidos na esfera jurídica. Com tal decisão, não é mais possível exonerar ambos os pais de sua responsabilidade de cuidar adequadamente de seus filhos, seja emocional ou financeiramente. Portanto, embora existam algumas lacunas na lei sobre o assunto, a doutrina e a jurisprudência vêm se aprimorando continuamente no reconhecimento desse tipo de relação pais-filhos, garantindo a transferência de bens para aqueles que efetivamente satisfazem os requisitos estatais de posse de seus filhos, direitos, bens e obrigações. Assim, conclui-se que o direito de família não pode aparecer apenas em modelos já padronizados, mas deve ser analisado caso a caso e, sobretudo, como fundamento do princípio do melhor interesse.

7 REFERÊNCIAS

ARBEX, Maria Luisa Portocarrero Castex. **O abandono afetivo nas relações familiares: uma visão da psicologia jurídica**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BARROS, Sérgio Resende. O direito ao afeto. **Revista Jurídica Del Rey**, ano IV, p.35, 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade - Posse de Estado de Filho - Paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasil, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 28 ago 2022.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasil, 1990.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça STJ - **Recurso Especial: REsp 1674849/RS 2016/0221386-0.** 2018. Disponível em:

[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574626052/recurso-especial-resp-1674849-rs-2016-0221386-0.](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574626052/recurso-especial-resp-1674849-rs-2016-0221386-0)

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça STJ. **REsp nº 833.712/RS.** Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 04.06.2007. REsp nº 1.167.993/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 18.12.2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAMIANI, Camila Ceron; COLOSSI, Patrícia Manozzo. A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos. **Pensando fam. [online].** v.19, n.2, p. 86-101, 2015.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação.** São Paulo: Dialética, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias: de Acordo com o Novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais– 11 Edição – 2016.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Um país sem jurisprudência.** Revista Brasileira de Direito de Família. ed. 11, mai 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo.** 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática (com comentários à Nova Lei da Adoção – Lei 12.010/09)** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil** / Paulo Lôbo. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância.** Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

OLIVEIRA FILHO, B. M. D. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estáveis e entidades familiares.** São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Barbara de Paula Mendes. **A Impossibilidade da desconstituição da Paternidade Socioafetiva.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito "Prof.º Jacy de Assis", da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia-MG, 2018.

PEREIRA, C. M. D. S. **Direito de família,** Rio de Janeiro, 2010.

PEREIRA, Dora; ALARCÃO, Madalena. **Guia de Avaliação das Capacidades Parentais: Estudo de Validade Ecológica.** Psicologia: Teoria e Pesquisa, v. 31, n. 2, p. 203-212, abr-Jun 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PETRUCCI, Giovanna Wanderley; BORSA, Juliane Callegaro; KOLLER, Sílvia Helena. A Família e a escola no desenvolvimento socioemocional na infância. **Temas psicol. [online],** v.24, n.2, p. 391-402, 2016.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: **Apelação Civil AC 0077173102/RS.** 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578092009/apelacao-civel-ac-7007717310-2-rs>.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: **Apelação Civil AC 0077173102/RS.** 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578092009/apelacao-civel-ac-70077173102-rs>. Acesso em: 16 ago 2022.

SANTOS, Priscila Alves dos; MOTA, Cristina Portela da; MOUTA, Ricardo José de Oliveira; SILVA, Jorge Luiz Lima da; ARAÚJO, Jéssica dos Santos; SANTOS, Daiana Alves de. A paternidade na contemporaneidade: uma revisão integrativa. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 3, e54111326824, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286. 2012.** Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tj-sp>.

SCHOLZ, Ana Luíza Tomazetti et al. O exercício da parentalidade no contexto atual e o lugar da criança como protagonista. **Estud. psicanal.**, Belo Horizonte, n. 44, p. 15-22, dez. 2015.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006, p. 66.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5 : Direito de Família / Flávio Tartuce. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJ-SP. **Apelação Cível: AC 0006422-26.2011.8.26.0286.** Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. DJ:14/08/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912809193/apelacao-civel-ac-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286>>. Acesso em: 15 ago 2022.

VASCONCELLOS, Ana Carolina Esteves. **A Evolução do Conceito de Família na Pós Modernidade.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

LIMITES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA – COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE CIVIL LAW E COMMON LAW

RAFAEL BORTOLETTO SETTE:
Mestrando na PUC-SP e advogado
em São Paulo¹⁹

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve Panorama das Principais Diferenças entre o *civil law* e *common law*. 3. O direito das sucessões no sistema *civil law*. 3.1. Brasil. 3.2. Itália. 3.3. França. 3.4. Portugal. 3.5. Alemanha. 3.6. México. 4. O direito das sucessões no sistema *common law*. 4.1. Inglaterra. 4.2. Estados Unidos da América. 5. Reflexões acerca do planejamento sucessório e da necessidade de modificação da legítima. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar as diferenças essenciais entre os direitos sucessórios nos países que adotam o sistema do *civil law*, sob a influência do direito romano-germânico, em relação àqueles que adotam o regime do *common law*, sob a influência do direito anglo-saxão.

Nesse cenário, o estudo será realizado por meio da interpretação crítica da legislação civil de cada país selecionado, focando especialmente nas regras sobre legítima em contraposição às da liberdade de disposição patrimonial, e os reflexos dessa interpretação sobre a necessidade e possibilidade de se efetivar planejamento sucessório.

Ao final deste trabalho, pretende-se demonstrar que, em alguns países que adotam a *civil law* (Itália, França, Portugal e Alemanha) existe a “legítima” ou “reserva legal” de determinados familiares, denominados no Brasil como herdeiros necessários, estabelecidos de acordo com cada ordenamento jurídico (à exceção do México que, embora também seja considerado um país que adota o sistema da *civil law*, não adota o instituto da legítima, sendo resguardado apenas o direito de alimentos dos familiares, após o óbito do autor da herança, se comprovada a situação de necessidade).

¹⁹ E-mail: rsetteadv@gmail.com

Em contrapartida, outros países, que adotam o sistema da *common law* (Inglaterra e Estados Unidos), reconhecem a liberdade de disposição patrimonial, desde que resguardado o direito de alimentos.

A análise também será realizada de modo a demonstrar, por meio do método comparativo, que, embora os países que adotam o *civil law* tenham incorporado alguns institutos do *common law*[1] (em especial, o Brasil, que nos últimos anos, os precedentes judiciais têm se destacado), no âmbito sucessório as divergências permanecem.

Ao final, espera-se demonstrar que, como regra geral, os países que adotam o sistema *civil law* possuem regramentos sucessórios mais rígidos, com maior limitação dos atos de disposição patrimonial pelo testador ou doador, de modo a atingir a finalidade de garantir a legítima ou reserva legal dos herdeiros. Por outro lado, os países que seguem o sistema da *common law* adotam critérios mais abertos, que permitem, em muitos casos, a livre disposição patrimonial, o que facilita o planejamento sucessório.

Nesse contexto, também serão demonstradas por meio do presente artigo, por meio de análise doutrinária, a sugestão de alguns autores de diminuição do percentual atual da legítima do ordenamento jurídico brasileiro ou até mesmo a sua eliminação, de modo a permitir um cenário mais adequado às medidas de planejamento sucessório.

2 BREVE PANORAMA DAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O *CIVIL LAW* e *COMMON LAW*

A interpretação decorrente da lei escrita como fonte primária ou dos precedentes depende das circunstâncias sociais e históricas sobre as quais cada país está vinculado. Nesse contexto, surgiram dois tipos de sistemas nos ordenamentos jurídicos, o sistema da *civil law*, de tradição romano-germânica, predominante nas nações latinas e germânicas; e o sistema da *common law*, de tradição anglo-americana.

O sistema *civil law*, também denominado como romano-germânico, em que a fonte primordial é a lei escrita, geralmente apresentada na forma codificada, de acordo com a doutrina majoritária, é decorrente de dois momentos históricos. O primeiro consistente na descoberta de textos jurídicos romanos, armazenados durante a Idade Média, os quais foram objetos de estudo e interpretação pelos estudiosos da época. O segundo a Revolução Francesa, marco temporal da consolidação de um novo modelo jurídico[2].

Nesse contexto, após a Revolução Francesa, a lei escrita passou a ser considerada um meio legítimo de representação da vontade do povo e de limitação de eventuais abusos ou condutas arbitrárias por parte dos magistrados, os quais permaneceram vinculados unicamente à aplicação literal dos dispositivos legais. Assim, no entendimento de Miguel Reale:

A tradição latina ou continental (civil law) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.^[3]

Assim, conforme Luiz Guilherme Marinoni^[4] destaca em sua obra doutrinária caso, após a revolução, os magistrados prolatassem decisões destoantes da lei, os resultados positivos de limitação ao absolutismo conquistados na revolução estariam perdidos ou seriam inalcançáveis pelo povo.

Em decorrência da Revolução Francesa, ocorreu a consolidação tanto na França quanto na Alemanha, com repercussões em outros países, de uma escola com a finalidade de construir o Direito com base na Codificação, denominada "Escola de Exegese", a qual lançou a base para o Direito Contemporâneo^[5].

A limitação ao poder dos magistrados, decorrente da aludida revolução, refletiu no sistema adotado pelo Brasil, ao priorizar a aplicação da lei escrita em detrimento das demais fontes do direito, sendo tal entendimento positivado na Constituição Federal Brasileira, por meio de seu artigo 5º, inciso II, que dispõe "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Nas palavras de Renato Becho, ao traduzir as características do *civil law* apontadas por David Maxwell Walker^[6]:

A existência de código cobrindo grandes áreas do direito e estabelecendo direitos e deveres das pessoas em termos bastante gerais, o uso de terminologia, conceitos e frequentemente princípios que tiveram sua origem no direito romano, baixa consideração para os precedentes judiciais e grande confiança na influência de acadêmicos do direito na sistematização, crítica e desenvolvimento do direito em seus livros e demais escritos.

O contexto histórico de formação do *common law*, por seu turno, deriva do período de reorganização e centralização da justiça realizada pelo rei Guilherme I, também

conhecido como “Guilherme o Conquistador”, a partir de 1.066. Após a conquista do território inglês, Guilherme teria realizado uma reestruturação radical na sociedade inglesa, na medida em que, no momento em que assumiu o trono, o território estava dividido em ducados, condados, senhorios feudais e pequenas vilas, cada um com os próprios costumes e tribunal.

Esse contexto impedia um poder efetivo do novo rei e foi solucionado por meio da unificação dos costumes e da jurisdição, por meio da concretização do feudalismo na Inglaterra. Desde o início, Guilherme Conquistador se comprometeu a manter as leis e os costumes anglo-saxões, sem impor seus interesses em relação aos demais membros da sociedade inglesa[7].

Por outro lado, as reformas no âmbito processual ocorreram durante o reinado de Henrique II, o que impediu consideravelmente qualquer influência romana no âmbito do direito inglês. No contexto do reinado de Henrique II, a partir do ano de 1154, após a unificação política da Grã-Bretanha (exceto Escócia), ocorreu a unificação do direito, sendo denominado de “direito comum” em razão da natureza de substituição dos direitos particulares em vigor até aquele momento[8].

A consolidação do *common law* ocorreu durante o reinado de Henrique II, considerado um dos maiores reis da Inglaterra, responsável pela execução de diversas reformas judiciais, financeiras e administrativa no sistema inglês.

No sistema da *common law*, também denominado como anglo-saxão ou anglo-americano, em que a fonte primordial decorre da aplicação costumeira e jurisprudencial, por meio da técnica dos precedentes (*stare decisis*), em que as decisões judiciais são prolatadas com fundamento em decisões proferidas em casos semelhantes[9]. Portanto, as regras das sociedades possuem como fundamento a atuação dos magistrados que acarretam a formação dos precedentes judiciais.

Assim, é possível afirmar que o sistema jurídico inglês, ao adotar a técnica dos precedentes (*stare decisis*), tem por finalidade garantir maior segurança às decisões judiciais, de modo que os casos semelhantes tenham a mesma solução jurídica[10].

Nesse sentido, embora no sistema do *common law* existam precedentes aplicáveis a casos semelhantes, tal aplicação prescinde de uma interpretação do que dispôs o

Julgador no caso usado como paradigma. Portanto, assim como a lei escrita, no momento da aplicação ao caso concreto, os precedentes são objeto de interpretação[11]:

Portanto, a mecânica dos sistemas de common law não consiste "simplesmente" em seguir precedentes. Também estes precisam ser interpretados, assim como, para nós, a lei é, necessariamente, objeto de interpretação. Parece que muito há em comum nestes processos interpretativos.

O surgimento do *common law* em países de língua inglesa estava atrelado aos costumes de cada sociedade, predominantes apenas no início da formação deste sistema, e atualmente esse sistema é baseado em decisões judiciais que configuram precedentes. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

Portanto, afaste-se a ideia de que o direito inglês moderno seja um direito costumeiro. É um direito jurisprudencial. O Common Law determinou o desaparecimento do direito consuetudinário antigo, que era conteúdo dos direitos locais. Hoje, há uma única jurisdição que dita a jurisprudência vinculante.

Contudo, existem consideráveis diferenças entre o *common law* existente na Inglaterra e aquele dos Estados Unidos da América. Neste último, o sistema coexiste com o *civil law*, sendo predominante os códigos civis nos Estados, porém, a lei escrita apenas é considerada eficaz após a aplicação pelos tribunais[12], de modo a confirmar a força dos precedentes judiciais característicos desse sistema.

Cabe apontar que, nos dias de hoje, os sistemas *common law* e *civil law* são responsáveis pela formação do que muitos autores denominam como "jurisdições mistas", assim como no sistema jurídico brasileiro.

O contexto de formação das jurisdições mistas decorre de um determinado marco histórico ou temporal, como por exemplo, a conquista de um território após um cenário de guerra ou a assinatura de um tratado entre os países. A partir do momento em que há uma convergência entre o sistema romano germânico, que influenciou o surgimento do *civil law*, e o sistema anglo-saxão, que ensejou a formação do *common law*, resultando na formação do sistema contemporâneo de jurisdição típico das jurisdições mistas.

Essa modificação aconteceu motivada pela necessidade de superação do positivismo jurídico e adoção de novas técnicas de interpretação no *common law*, tal como a utilização dos precedentes judiciais[13]. Isto porque, na maioria dos casos, as disposições legais não englobam todas as soluções para cada caso concreto e alguns dispositivos legais possuem previsões genéricas ou incompletas sobre determinados temas. Por outro lado, no *common law*, havia uma considerável necessidade de aprimorar a segurança jurídica do sistema, o qual, inicialmente, era fundamentado apenas nos costumes de cada sociedade e posteriormente na jurisprudência dos tribunais.

Embora exista uma considerável diferenciação entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, muitos autores, assim como Miguel Reale, consideram que não há como definir qual sistema é o mais adequado, uma vez que as normas escritas, fontes primárias no *civil law*, ganham cada vez mais importância no *common law* e os precedentes judiciais, fontes primárias no *common law*, ganham cada vez mais destaque no *civil law*[14].

No Brasil, embora, no decorrer do tempo, os precedentes judiciais tenham sido cada vez mais utilizados em detrimento da lei escrita, repisa-se fonte primária nos países adeptos ao *civil law*, algumas decisões judiciais não são qualificadas como precedentes obrigatórios para casos futuros e similares, mas apenas os precedentes vinculantes são assim considerados, previstos no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Nesse cenário, primeiramente cabe ao operador do direito realizar uma interpretação da literalidade da lei escrita, exemplificada por meio dos Códigos existentes no ordenamento jurídico, e, posteriormente, confirmar o entendimento dos Tribunais sobre o tema, visto que o legislador não consegue prever todas as situações que deverão ser protegidas pela lei, sendo a atualização dos institutos realizadas por meio dos julgamentos de cada caso concreto.

Portanto, embora o Brasil seja considerado por muitos estudiosos como um país predominantemente de *civil law*, a adoção dos precedentes judiciais, em alguns casos até mesmo com caráter vinculante, foi consolidada por meio do surgimento do Código de Processo Civil de 2015, o qual, por meio dos dispositivos 926 e 927, exemplifica a importância dos precedentes judiciais para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o atual sistema brasileiro também seja considerado um sistema de jurisdição mista, por meio de uma coexistência de características do *common law* e do *civil law*.

3 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO SISTEMA *CIVIL LAW*

Após a análise das principais diferenças entre o *civil law* e o *common law* e do resultado da combinação entre esses sistemas em alguns países como o Brasil, com a finalidade de destacar o contexto histórico que levaram à formação de ambos, resta necessário o início do estudo sobre o tema objeto do presente artigo, qual seja o direito das sucessões (legítima e testamentária), com ênfase no estudo comparativo entre a sucessão nos sistemas *civil law* e *common law*.

Com relação à sucessão testamentária, destaca-se que na origem do sistema *civil law*, o testamento era visto pelos romanos como um instrumento que permitia a liberdade absoluta para o “chefe de família” dispor de seus bens.

No entanto, na hipótese de falecimento sem testamento, a sucessão era atribuída à três classes de herdeiros denominados *sui, agnatti e gentiles*. A primeira classe era formada pelos filhos, netos e o cônjuge, que permaneciam sob os cuidados do “chefe de família”. A segunda classe era formada pelos parentes mais próximos do *de cuius*, quais sejam os colaterais, como o irmão, tio e sobrinho, sendo que a classe mais próxima afastava os direitos da classe mais remota, assim como ocorre atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsão expressa no artigo 1.840 do Código Civil.

Por fim, na ausência dos familiares das duas primeiras classes, eram chamados a suceder os membros da última classe denominada *gentiles*, sendo assim considerado o grupo familiar em sentido lato.

Porém, com o surgimento do Código de Justiniano, a sucessão legítima passou a decorrer do parentesco natural, por meio da seguinte ordem de vocação hereditária: descendentes; ascendentes, em concorrência com os irmãos unilaterais e bilaterais; irmãos consanguíneos ou uterinos; e, por fim, outros parentes colaterais.

Na época, os romanos não eram adeptos a morte sem testamento e consideravam tal contexto como uma espécie de maldição e vergonha perante a sociedade, conforme destacado pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves nos seguintes trechos de sua obra:

Conheceram os romanos, ainda, a sucessão testamentária por diversas formas e compreensiva de todo o patrimônio do testador. Tinham eles verdadeiro horror pela morte sem testamento. Como anota Sumner Maine, invocado por Washington de Barros Monteiro, nenhuma desgraça superava a de falecer ab intestato; maldição alguma era mais forte do que a de augurar a um inimigo o morrer

sem testamento. Finar-se ab intestato redundava numa espécie de vergonha.[15]

Em contrapartida ao direito romano, o direito germânico não era adepto à sucessão testamentária, mas apenas à sucessão legítima, de modo que naquele período apenas os familiares consanguíneos eram considerados verdadeiros herdeiros. Ou seja, como é possível observar, neste momento não havia espaço para a atribuição de direitos sucessórios aos filhos adotivos.

No mesmo sentido, em França, Portugal e Alemanha havia considerável predomínio da sucessão legítima, de modo que em França e em Portugal havia previsão expressa no mesmo sentido do princípio da *saisine* adotado no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1.784 do Código Civil).

Feitas estas considerações, a união das concepções existentes no sistema romano e no sistema germânico resultou no surgimento do direito sucessório contemporâneo típico dos países adeptos ao *civil law*. De modo a permitir tanto a sucessão legítima quanto a testamentária.

3.1. BRASIL

A sucessão legítima no Brasil decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária e a presunção da vontade do autor da herança[16]. Também é denominada como sucessão *ab intestato* (que significa ausência de testamento) e será utilizada na hipótese de caducidade ou nulidade do testamento, aplicando-se ainda aos bens que nele não foram inseridos, nos termos do artigo 1.788 do CC. Veja-se: “Art.1788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.”

Assim, Carlos Roberto Gonçalves[17] destaca que a sucessão legítima é a mais utilizada pela população brasileira, considerando a escassez de testamentos no país por questões de ordens culturais e costumeiras, cenário que está se modificando no decorrer do tempo.

Nesse sentido, a classificação entre os herdeiros na sucessão legítima ocorre da seguinte forma: herdeiros legítimos e testamentários, sendo que os primeiros se

subdividem em herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge/companheiro,⁹ conforme estabelecido no artigo 1.845 do Código Civil Brasileiro, e os herdeiros facultativos são os colaterais.

Por conseguinte, destaca-se que a existência de herdeiros necessários representa uma limitação ao autor da herança quanto a liberdade de testar, visto que, de acordo com o artigo 1.789 do Código Civil Brasileiro, a parte disponível limita-se a 50% de toda a herança e esse percentual é denominado “legítima”, sendo reservado apenas aos herdeiros necessários.

Além disso, também resta estabelecido por meio do artigo 1.851 do Código Civil Brasileiro o direito de representação, por meio do qual os descendentes de um herdeiro pré-morto (com óbito anterior ao autor da herança) recebem o que aquele teria direito se estivesse vivo[18]. Esse direito se dá apenas na linha descendente, ou seja, filho, neto ou bisneto herdam a quota correspondente do falecido, mas os pais, avós e bisavós não podem herdar por representação, nos termos do artigo 1.852 do Código Civil Brasileiro ¹¹.

Desse modo, os herdeiros legítimos são assim classificados em razão da ordem de vocação hereditária, que define os legitimados a suceder por meio da regra de que a classe mais próxima exclui a mais remota, de acordo com o artigo 1.834 do Código Civil Brasileiro. Logo, os filhos possuem preferência em relação aos netos e estes últimos aos bisnetos. Essa ordem possui previsão expressa no artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro.

3.2 ITÁLIA

A sucessão legítima no direito italiano encontra-se positivada por meio dos artigos 536 ao 552 do Código Civil Italiano. A previsão inicial é no sentido dos legitimados a suceder, assim considerados no sistema italiano os herdeiros necessários definidos no sistema brasileiro, os seguintes familiares, nesta ordem: cônjuge, os filhos (biológicos ou adotivos) e os ascendentes. Nesse sentido, Carlos Eduardo Minozzo Poletto destaca:

A legislação italiana, mais restritiva, prevê a legítima hereditária somente ao cônjuge, aos filhos (desprezando os netos e bisnetos) e aos ascendentes (art. 536).[19]

Ato contínuo, o artigo 537 da referida codificação estabelece a sucessão legítima da seguinte forma: se o *de cujus* deixar apenas um filho, a ele será atribuído metade do patrimônio, não havendo distinção entre filhos adotivos e filhos biológicos; havendo mais

de um filho, será reservado em favor dos filhos dois terços do patrimônio, a ser dividido igualmente entre todos os filhos.

Com relação aos ascendentes, a reserva será, em regra, de um terço dos bens, conforme estabelecido no artigo 538. Ao cônjuge será atribuído metade dos bens do patrimônio, salvo na hipótese deste concorrer com os filhos do *de cuius*, hipótese em que terá direito a um terço (um filho) ou um quarto (mais de um filho) dos bens, de acordo com a quantidade de filhos, de acordo com a previsão dos artigos 540 e 542 do Código Civil Italiano.

Por fim, na sucessão italiana, caso o de cuius não tenha filhos, mas apenas ascendentes e o cônjuge, ao cônjuge será reservada metade do patrimônio e um quarto aos ascendentes da linha materna e paterna, conforme previsto no artigo 544 da norma italiana. Nesse sentido, na hipótese de existência de diversos ascendentes, a quota de reserva de um quarto dos bens é dividida entre eles de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 568 do Código Civil Italiano, ou seja, considerando a divisão igualitária entre os ascendentes da linha paterna e da linha materna.

Também é importante destacar que a sucessão será destinada aos parentes mais próximos, sem distinções entre a linha paterna ou materna, limitada ao parentesco até o sexto grau, diferentemente do sistema brasileiro que não permite a sucessão além do parentesco de quarto grau.

Assim, a disposição patrimonial por meio de testamento está limitada à reserva da quota parte pertencente aos legitimados indicados acima, sendo que, diante da existência de testamento que desconsidere a quota parte pertencente aos herdeiros, estes podem se valer contra a vontade do testador e pleitear a redução da disposição testamentária e, caso não seja suficiente, a redução das doações realizadas pelo *de cuius*^[20].

3.3 FRANÇA

O direito sucessório francês teve origem, assim como um típico país de *civil law*, no surgimento do Código de Napoleão, ou Código Civil Francês, outorgado por Napoleão Bonaparte na data de 21.03.1804.

A legítima, assim considerada no ordenamento jurídico brasileiro, é denominada na França como “reserva hereditária” e encontra-se prevista no artigo 912 do Código Civil Francês; os herdeiros que possuem direito a reserva hereditária são denominados pelo sistema francês como “herdeiros reservados”, sendo assim considerados os descendentes e o cônjuge sobrevivente.

No entanto, após a alteração do Código Civil Francês pela Lei 2006-728, ocorreu a ampliação da liberdade de disposição patrimonial, a qual embora não tenha se tornado absoluta, foi favorecida pelos dispositivos desta lei, limitando o instituto da “reserva hereditária” às previsões contidas nos artigos 913 e 914-1 do Código Civil Francês.

Nesse sentido, o artigo 913 dispõe que o testador não poderá dispor da metade do patrimônio diante da existência de um filho no momento da abertura da sucessão. Caso o *de cuius* tenha dois filhos, os atos de disposição patrimonial não deverão exceder um terço dos bens. Na hipótese de três filhos ou mais, o testador não poderá dispor de modo a exceder um quarto da totalidade do patrimônio.

Por outro lado, na existência de cônjuge sobrevivente, os atos de disposição patrimonial não poderão exceder três quartos da totalidade dos bens. Portanto, conforme é possível observar, os ascendentes e colaterais não possuem direito à “reserva hereditária”[21]

No ano de 2018, as consequências da existência do instituto da “reserva hereditária” na França repercutiram nas mídias sociais após a morte do músico francês Johnny Hallyday. Isto porque, o testador havia deixado todos os seus bens e direitos autorais para o cônjuge, sem considerar os direitos dos descendentes.

Nesse contexto, uma das filhas do cantor, Laura Smet, ajuizou ação judicial para anular a decisão, com base no direito sucessório francês, o qual restringe a livre disposição patrimonial em detrimento da reserva hereditária. Por outro lado, o cônjuge sobrevivente defendeu que o direito aplicável seria o americano, especificamente a legislação do Estado da Califórnia, uma vez que supostamente o *de cuius* residia neste local[22].

Ao final, a justiça francesa decidiu no sentido de que a residência do *de cuius* era a França e não os Estados Unidos, razão pela qual as limitações aplicáveis à liberdade de testar se aplicaram ao caso e, conseqüentemente, o tribunal reconheceu a violação à reserva hereditária e anulou o testamento[23].

3.4 PORTUGAL

Na sucessão portuguesa, a parcela de bens sobre a qual o testador não pode dispor é denominada legítima, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, e encontra-se prevista no artigo 2.156 do Código Civil Português.

Nesse contexto, os herdeiros que possuem direito a legítima são denominados de herdeiros legitimários, sendo assim considerados o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, nesta ordem, nos termos do artigo 2.157.

Assim, na hipótese do *de cuius* deixar apenas cônjuge sobrevivente, sem descendentes ou ascendentes, a legítima do cônjuge será de metade dos bens da herança, conforme disposto no artigo 2.158, do Código Civil. Contudo, caso o cônjuge concorra com os filhos do *de cuius*, a legítima será de 2/3 da herança e, na hipótese de inexistência de cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos será de metade (um filho) ou dois terços (dois filhos ou mais), conforme artigo 2.159 do referido diploma legal.

Por fim, em caso de concurso entre o cônjuge e os ascendentes, a legítima será de dois terços do patrimônio. E, na hipótese do autor da herança não deixar descendentes e cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes será metade ou um terço da herança, de acordo com o grau (pais ou ascendentes do segundo grau e seguintes), nos termos do artigo 2.161 do Código Civil Português.

Com relação à liberdade de testar, Flávio Tartuce destaca os ensinamentos da obra de Galvão Telles, doutrinador português que considera a defesa da propriedade privada como um norte para o direito sucessório em Portugal, no seguinte sentido:

A respeito da irrestrita liberdade de testar, mas com restrições que foram percebidas em tempos passados: a) desde a Lei das XII Tábuas, no direito romano, não haveria qualquer restrição a respeito dessa liberdade; antes dela havia a proteção dos parentes próximos, com a necessidade expressa de deserdação desses parentes e depois com a tutela dessas partes, em uma quota então denominada de legítima, com fundamento no dever de piedade (*officium pietatis*); b) os sistemas anglo-saxônicos são geralmente referidos como exemplos de individualismo, em que não há sucessão necessária; porém, o autor demonstra que já existiam movimentos contra esse “estado de

coisas”, mesmo nesses países; c) nos países de sistema romano-germânico, demonstra-se a existência de doutrinadores que pregam o fim da legítima, caso de Le Play, na França, e de Alberto Pires de Lima, em Portugal, ambos alvo de críticas.[24]

Portanto, assim como na Itália e na França, Portugal também representa os países que adotam o sistema civil law e, conseqüentemente, a positivação do direito à legítima, como um meio de evitar a disposição total e irrestrita do patrimônio pelo testador.

Não obstante, cabe ressaltar que a legislação portuguesa caminhou para maior liberdade patrimonial, com a edição da Lei nº 48/2018, que veio a alterar o Código Civil Português para autorizar a renúncia dos direitos sucessórios pelo cônjuge, na convenção antenupcial, possibilidade esta ainda restrita na legislação brasileira, ante a disposição do artigo 426, do Código Civil.

3.5 ALEMANHA

No direito sucessório alemão, assim como na Itália, França e Portugal, a liberdade de testar está limitada pelo instituto da legítima. Contudo, no Código Civil Alemão a legítima é considerada como um direito de crédito ao herdeiro beneficiário.

Assim, de acordo com o Código Civil Alemão, aqueles considerados como herdeiros necessários são: os descendentes, ascendentes e o cônjuge, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro (art. 1.845 do Código Civil)[25].

Na hipótese da existência de apenas descendentes, a legítima atribuída a esta classe será de metade dos bens do patrimônio, sendo a outra metade de livre disposição pelo testador. Contudo, caso o *de cuius* tenha deixado como herdeiros filhos e o cônjuge, o que, implicará na concorrência destes herdeiros na sucessão, os filhos terão direito a 3/8 (37,50%) da herança e o cônjuge a 1/8 (12,50%), ou seja, neste segundo caso o *de cuius* poderá dispor livremente de metade dos bens do patrimônio.

Por fim, se existirem apenas ascendentes e o cônjuge sobrevivente, a concorrência de ambos no regime sucessório alemão implicará na configuração da legítima de metade dos bens do patrimônio, a qual será distribuída na seguinte proporção: 25% da legítima para os ascendentes e os 25% restante para o cônjuge sobrevivente, sendo a metade restante de livre disposição pelo testador[26].

Em decorrência disso, é possível concluir que a autonomia de vontade do testador encontra-se limitada pelo direito à legítima ou reserva hereditária dos herdeiros determinados em lei, de modo que cada país determina, por meio do ordenamento jurídico, quem serão os herdeiros que possuem este direito e o percentual cabível a cada um deles[27].

Por fim, cumpre destacar um aspecto relevante referente à legítima dos herdeiros necessários no Brasil. No entendimento da doutrinadora Ana Luiza Maia Nevares, o ordenamento jurídico brasileiro deveria estabelecer uma atenção especial aos herdeiros incapazes e idosos ou aos cônjuges e companheiros que realmente dependiam do autor da herança, de modo a atender às especificidades de cada herdeiro[28]. Esse posicionamento vai de encontro com alguns países que adotam o *common law*, em que os herdeiros só possuem direito a legítima se comprovada a situação de necessidade.

Por outro lado, para o Tribunal Alemão, a legítima, constitucionalmente garantida, não pode ser desconsiderada pelo testador e, ao mesmo tempo, não deve depender da demonstração de uma situação de necessidade, assim como ocorre no México. Nesse sentido, nas palavras de Rolf Madaleno:

O Tribunal Constitucional alemão declara constitucionalmente protegida a legítima e dela os herdeiros não podem ser privados, nem a legítima pode depender de uma prévia situação de dependência econômica ou de uma situação de necessidade, pois a herança tem garantia constitucional, como é igualmente garantida pela Carta Política no Brasil. [29]

3.6 MÉXICO

No direito sucessório mexicano há uma ampla liberdade de testar. No entanto, apesar de não existir previsão expressa referente à legítima, o Código Civil Mexicano, por meio de seu artigo 1.368 determina que o testador deverá deixar alimentos para determinados parentes[30].

Nesse contexto, o artigo estabelece que o testador deverá deixar uma prestação alimentícia aos seguintes familiares e da seguinte forma: primeiramente aos descendentes menores de 18 anos, desde que esta obrigação subsista no momento do falecimento; aos descendentes incapazes, ou seja, impossibilitados de trabalhar e obter o próprio sustento,

independentemente da idade; ao cônjuge supérstite, apenas na hipótese de incapacidade para o trabalho e ausência de bens suficientes para o próprio sustento; aos ascendentes; e, por fim, à pessoa com quem o de cujus viveu como se fosse seu cônjuge ou com quem teve filhos, ou seja, no ordenamento jurídico assim considerado o convivente em união estável.

Não obstante, em todas as hipóteses mencionadas acima, o direito à prestação alimentícia depende da comprovação da incapacidade para o trabalho e da ausência de bens para o próprio sustento. Tratando-se de direito de caráter assistencial e decorrentes do dever de mútua assistência.

Portanto, à exceção do México, imperam as limitações decorrentes da legítima nos países que adotam o sistema da *civil law*.

4 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO SISTEMA *COMMON LAW*

Os ordenamentos jurídicos dos países que adotam o sistema *common law* são conhecidos pela liberdade de testar absoluta, uma vez que a lei escrita não determina a obrigatoriedade de assegurar a legítima dos herdeiros necessários ou legítimários, assim denominados aqueles que possuem o direito de reserva dos direitos sucessórios no âmbito dos países que adotam o sistema *civil law*, cabendo ao testador a livre disposição de seus bens. Nesse sentido, Carlos Eduardo Minozzo Poletto destaca:

Por oportuno, vale lembrar da existência de ordenamentos jurídicos que desconhecem a figura do herdeiro necessário e da legítima hereditária, como assim ocorre, primordialmente, nos países da tradição da *common law*. Entretanto, tal opção política também se faz presente em alguns sistemas do *civil law*. Ilustrativamente, o Código Civil mexicano, em seu artigo 1.37417, impõe como única obrigação ao testador uma pensão alimentícia ao consorte ou companheiro e a certos parentes consanguíneos, no que é acompanhado pelas principais legislações da América Central, como, por exemplo, no Código Civil de Honduras, artigo 1.1471.[31]

Nesse sentido, serão utilizados como parâmetros ao estudo comparativo realizado no presente artigo os sistemas adotados na Inglaterra e Estados Unidos, de modo a demonstrar como os ordenamentos jurídicos destes países dispõem sobre os direitos

sucessórios dos herdeiros e permitem a disposição patrimonial sem resguardar o instituto da legítima ou reserva hereditária.

Miguel Reale destaca que, na época de formação do *common law*, o direito baseado nos costumes ou direito consuetudinário exercia forte influência nas sociedades primitivas, por meio de dois elementos: a preponderância do mais forte ou mais astuto e a influência do elemento religioso[32].

Nesse contexto, nos países adeptos ao *common law*, em que não houve relevante influência da igreja quanto no sistema *civil law*, havia além da liberdade religiosa[33] a liberdade de testar, uma vez que além da ausência de codificação nos primeiros países, não era necessário limitar a autonomia do testar nos atos de disposição patrimonial, diante da inexistência do instituto da legítima.

Portanto, com relação à sucessão testamentária, destaca-se que os testamentos não eram uma prática tão frequente na sociedade assim como nos países que adotam o sistema *common law*. Tal contexto se deve ao fato de que esses países sofreram um impacto bem menor do sistema romano, em que a morte sem testamento era considerada uma maldição e a maioria da sociedade adotava este instrumento.

4.1 INGLATERRA

Em regra, os países que adotam o *common law* permitem uma sucessão fundamentada na ampla liberdade de disposição dos bens e, conseqüentemente, favorecem o planejamento sucessório. Assim, por longo período de tempo, o testador não encontrava limitações ao realizar as disposições testamentárias, podendo utilizar o testamento como uma forma representativa de sua autonomia de vontade.

Contudo, na data de 12 de novembro de 1975 surgiu uma lei denominada *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* que passou a permitir questionamentos às disposições testamentárias, com a finalidade de modificar a vontade do testador no momento da livre disposição patrimonial.

Assim, a ausência do instituto da legítima em países como a Inglaterra não significa que após o óbito os familiares do *de cuius* permanecerão totalmente desamparados, uma vez que a legislação inglesa permite que os familiares requeiram, por meio do Poder Judiciário, um auxílio financeiro, após os tribunais analisarem a

responsabilidade do *de cuius* em relação à pessoa que está pleiteando este auxílio financeiro, de modo a confirmar se o suposto herdeiro possui condições básicas de sustento.

No ano de 2011, as consequências do surgimento da lei supramencionada repercutiram nos tribunais ingleses, em que após o falecimento de Melita Jackson, no ano de 2004, e a existência de um patrimônio de 500 mil libras esterlinas (aproximadamente R\$ 1,2 milhões de reais), a integralidade da herança foi destinada para três instituições de caridade de animais, em contrapartida aos interesses de sua única filha Heather Ilott.

O fundamento utilizado pela *de cuius*, extraído de uma carta escrita por ela, foi no sentido de que a filha havia fugido de casa aos 17 anos e após esse período manteve contato apenas de forma esporádica com a mãe.

Não obstante tal contexto, Heather Ilott, por meio do Poder Judiciário inglês, buscou o direito de receber o auxílio financeiro disposto na lei denominada *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act e*, ao final, obteve decisão favorável para receber mensalmente parte do dinheiro deixado pela genitora.

Embora tal decisão dos tribunais tenha sido fundamentada na lei supracitada, o Tribunal Inglês analisou de forma conjunta os precedentes judiciais sobre o tema, destacando que além da necessidade de comprovar que o herdeiro que pleiteia o auxílio financeiro não tem condições de se sustentar, também resta necessário a comprovação da responsabilidade do familiar falecido em relação a ele[34].

No caso paradigma, esses requisitos restaram comprovados uma vez que herdeira não estava em condições de retornar ao mercado de trabalho e se sustentar e o vínculo entre ela e a genitora ensejou a configuração de responsabilidade materna[35].

4.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Em regra, a maior parte dos estados americanos autoriza considerável autonomia no momento da elaboração do testamento. Em contrapartida, alguns doutrinadores americanos passaram a defender uma limitação na liberdade de testar, com a finalidade de assegurar maior proteção aos filhos do testador[36].

No sistema americano, a sucessão privilegia, em regra, o cônjuge supérstite, isto porque, os filhos não possuem direito à legítima, mas apenas à pensão alimentícia até a

maioridade; já o cônjuge tem direito a legítima consistente no percentual de 1/3 da metade da herança.

Além disso, no sistema americano existe a criação do *family provision* consistente em uma prestação que poderá ser requerida por qualquer dependente do *de cuius*, com a finalidade de que o Poder Judiciário determine uma provisão de bens necessários para que o familiar consiga sobreviver ou, ao menos, para manter o padrão semelhante ao período anterior ao óbito do familiar.

Este instituto é considerado por alguns doutrinadores, como por exemplo Rolf Madaleno, uma espécie de alimentos compensatórios ou uma compensação econômica, por meio de uma análise comparativa aos alimentos compensatórios objeto de criação da doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento do doutrinador Zeno Veloso sobre o tema, ao consolidar as conclusões já apresentadas no presente artigo, no seguinte sentido:

Nos Estados Unidos, na Inglaterra e em outros países do sistema chamado "common law", a liberdade de testar é absoluta, irrestringida. Ainda que a pessoa tenha filhos, pode fazer testamento e deixar todos os seus bens para outras pessoas físicas ou instituições. Só está obrigada a deixar alguma coisa para os descendentes se necessitarem de alimentos, e nos limites dessa necessidade.[37]

No mesmo artigo, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, Zeno Veloso destaca que a mera existência de testamento não afasta a necessidade do procedimento de inventário e partilha de bens.

Desse modo, assim como no Brasil, os países de *common law* não deferem a herança aos sucessores de forma imediata e logo após ao óbito do familiar, submetendo-o a um procedimento de inventário - denominado *probate*- como um meio de viabilizar o acesso efetivo dos sucessores aos bens.

Portanto, a ausência de limitações a liberdade de testar nos países que adotam o sistema da *common law* implicam automaticamente em um cenário ideal para possibilitar o planejamento sucessório.

5 REFLEXÕES ACERCA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E DA NECESSIDADE DE MODIFICAÇÕES DA LEGÍTIMA NO BRASIL

Conforme exposto acima, em alguns países o instituto da legítima é substituído pela prestação alimentícia, desde que comprovado o preenchimento de determinados requisitos.

No entanto, no Brasil a legítima segue limitando a livre disposição patrimonial, o que ensejou questionamentos por alguns estudiosos referente à necessidade de adaptação deste instituto, no sentido da redução do percentual de 50% existente, aumento ou até mesmo a sua exclusão do ordenamento jurídico[38]. Contudo, tal reflexão acarreta, primeiramente, a necessidade de reflexões sobre o princípio da solidariedade familiar e o princípio da autonomia privada.

O princípio da solidariedade familiar possui fundamento constitucional, uma vez que, o texto constitucional possui previsão expressa, conforme disposto no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira e no artigo 03º, no sentido de assegurar a existência de uma sociedade fraterna e “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Além da previsão constitucional, tal princípio encontra-se positivado no inciso III, do artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro, que embora mencione apenas os deveres de ambos os cônjuges, também é aplicável para os demais familiares: “São deveres de ambos os cônjuges: III- mútua assistência”.

A aplicação deste princípio acarreta a necessidade de respeito aos direitos recíprocos entre os familiares, o que na prática significa a adoção de medidas como o dever de mútua assistência dos pais em relação aos filhos, o dever de amparo às pessoas idosas e incapazes e a obrigação alimentar.

Nesse contexto, no entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias[39], os familiares são, em regra, credores e devedores de alimentos, como uma forma de concretização do princípio da solidariedade familiar e, conseqüentemente, no dever de mútua assistência.

Por outro lado, o princípio da autonomia privada encontra-se inserido no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, por meio do qual a proteção da família representa uma concretização desse princípio[40], o que, assim como os demais princípios aplicáveis às relações familiares, não significa uma aplicação absoluta e sem quaisquer limitações.

Nesse contexto, a disposição patrimonial absoluta, por exemplo, no momento da elaboração do testamento ou por meio de doações, sem considerar a legítima dos herdeiros necessários não configura uma representação deste segundo princípio. Isto porque o princípio da autonomia privada não permite violações aos dispositivos legais existentes, neste caso o instituto da legítima no percentual de 50% no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, nos estudos sobre o tema, há o destaque para possíveis modificações no instituto da legítima, de modo a buscar garantir a proteção dos direitos dos herdeiros necessários de outra forma[41].

Assim, com relação à possibilidade de reduzir o percentual atual referente à legítima ou até mesmo propor a exclusão deste instituto do ordenamento jurídico brasileiro, Pablo Stolze Gagliano explica o seguinte:

Ademais, essa restrição ao direito do testador implicaria também afronta ao direito constitucional de de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor, e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada. [42]

Conforme é possível observar, para Pablo Stolze Gagliano, ao destacar o mesmo entendimento de Francisco Cahali sobre o tema, menciona que, desde que os herdeiros fossem beneficiados de outra forma, como por exemplo por testamento, os interesses destes herdeiros continuariam protegidos, sem que para tanto fosse necessária a positivação do instituto da legítima e conseqüente restrição à livre disposição patrimonial, assim como ocorre nos dias de hoje.

Sobre o tema, a preservação da legítima reflete em outros direitos, tal como o Direito Contratual, de modo que além do testamento, aquele que pretende dispor de seus bens em favor de terceiros também encontra tal limitação no capítulo do Código Civil

referente à doação inoficiosa, especificamente por meio dos artigos 544 e 549 do Código Civil[43].

Por outro lado, também existem adeptos que fundamentam a pretensão de revisão do instituto da legítima na possibilidade de beneficiar, com mais da metade da herança, pessoas economicamente vulneráveis. Desse modo, a limitação decorrente da legítima será aplicável quando entre os herdeiros necessários existirem pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, de modo que a redução da legítima ou exclusão do ordenamento jurídico brasileiro implicaria violação aos princípios constitucionais fundamentais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana[44].

Nesse sentido, antes de detalhar as implicações referentes à redução do instituto da legítima e os prejuízos para as pessoas economicamente vulneráveis, cumpre destacar a distinção entre este conceito e o de minorias, com base nas lições de Rolf Madaleno sobre o tema:

Os grupos vulneráveis não se confundem com as minorias, porque os primeiros podem se constituir em um grande contingente numérico, como as mulheres, as crianças e os idosos, embora todos se identifiquem como vítimas da intolerância e da discriminação. A vulnerabilidade é um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários de especial proteção, justificando-se tratamento diferenciado em razão das suas condições políticas, sociais e culturais.[45]

Ao aplicarmos este conceito no contexto do direito sucessório, é possível verificar que entre os herdeiros podem existir crianças, adolescentes, pessoas com algum tipo de deficiência ou pessoas que dependiam economicamente do falecido e não conseguem pelo próprio esforço manter o próprio sustento. Nesse contexto, no entendimento de Ana Luiza Maia Nevares:

a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador

quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.[46]

Portanto, a conclusão é de que a legítima ou reserva hereditária, ao impedir a livre disposição testamentária pelo testador, de modo a estabelecer o percentual de 50% não protegeria os herdeiros vulneráveis. Isto porque, existem familiares considerados economicamente vulneráveis e que dependiam do auxílio do *de cuius* para o próprio sustento, sendo necessário a concessão de uma tutela diferenciada de modo a garantir a aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com relação ao planejamento sucessório, cumpre destacar que a existência do instituto da legítima tal como ocorre nos países adeptos ao *civil law*, tem como consequência a limitação à liberdade de testar e, conseqüentemente a livre disposição patrimonial que poderia ser realizada por meio da técnica do planejamento sucessório. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano define o conceito de planejamento sucessório da seguinte forma:

Consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores.[47]

Assim, o que os estudiosos destacam[48], ao realizar uma análise comparativa entre o planejamento sucessório e a legítima, que a legítima foi decretada pelo legislador brasileiro de uma forma coercitiva, sem considerar os problemas decorrentes das discussões provenientes da partilha de bens, o alto custo para realizar a sucessão patrimonial, inclusive no âmbito fiscal, bem como a demora do procedimento judicial para a conclusão da partilha de bens.

Nesse contexto, o planejamento sucessório é utilizado não apenas como uma medida preventiva para evitar o surgimento de conflitos entre os herdeiros no momento da partilha de bens, mas, por outro lado, também visa uma distribuição da herança conforme a vontade efetiva do *de cuius*, de modo a garantir a sua autonomia privada ainda que após a morte[49].

Em decorrência disso, alguns instrumentos utilizados por aqueles que adotam o planejamento sucessório, principalmente em países adeptos ao *common law* em que a liberdade de testar não sofre limitações decorrentes da legítima, são os seguintes: escolha

do regime de bens do casamento ou união estável, sendo possível a escolha por regimes denominados como “regime atípico misto”, ou seja, além dos regimes de bens previstos expressamente no Código Civil Brasileiro; e constituição de sociedades, tais como as holdings familiares, com a finalidade de administração até a futura partilha de bens; dentre outros exemplos[50].

Nesse sentido, utilizando como base dois instrumentos existentes para efetivar o planejamento sucessório, consistente na doação e no testamento, as implicações práticas destes institutos serão destacadas pontualmente a seguir.

Com relação à doação, os principais tipos utilizados pelos adeptos ao planejamento sucessório são: doação com reserva de usufruto, doação com cláusula de reversão e doação denominada “conjuntiva”, sendo que esta última se trata de doação realizada em benefício de mais de uma pessoa, conforme previsto no artigo 541 do Código Civil, que dispõe: *Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.*

As doações indicadas acima têm a finalidade de permitir que no momento da partilha determinados bens já se encontrem devidamente divididos entre os herdeiros, uma vez que, principalmente na doação com reserva de usufruto, a nua propriedade do bem já se encontra transferida ao terceiro, recaindo sobre o de cujus apenas o usufruto, o qual será extinto automaticamente com o óbito.

Com relação ao testamento como medida de efetivação do planejamento sucessório, principalmente ao permitirem a inclusão das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, com a finalidade de proteger os bens tanto no presente quanto no futuro. Nesse contexto, Eduarda Mamede e Gladston Mamede, destacam em sua obra sobre o tema os seguintes pontos:

Cuidam-se de valiosos instrumentos de planejamento sucessório as cláusulas inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Permitem atender às preocupações do autor da herança, na condição de testador (ou donatário, como se verá na sequência), com o bem-estar das gerações futuras, protegendo o patrimônio de fragilidades pessoais ou contextuais específicas.[51]

Por outro lado, a influência do instituto da legítima no planejamento sucessório implica a necessidade de determinação de duas regras antes de optar pelo planejamento sucessório. A primeira delas é a proteção da legítima dos herdeiros necessários.

No entendimento dos doutrinadores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, a legítima estabelecida por meio do artigo 1.846 do Código Civil Brasileiro, deveria ser reduzida, com a finalidade de criar um cenário mais favorável ao planejamento sucessório:

Expostas as argumentações contra e a favor da proteção da legítima, pensamos ser o momento de debater a sua redução, talvez para um montante menor, em 25% do patrimônio do falecido, abrindo uma maior possibilidade jurídica à efetivação do planejamento sucessório. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha da tese desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros. Tal redução, talvez, terá o condão de aumentar o desenvolvimento social e econômico do Brasil, colocando na mente de todos a necessidade de busca pelo trabalho, que tanto engrandece o ser humano nos planos pessoal e social.[52]

Também cumpre destacar hipóteses em que o planejamento sucessório é visto como um meio de fraudar a legítima, conforme exemplificado pelos doutrinadores mencionados acima, a constituição de uma fundação com a finalidade de esvaziar o seu patrimônio e retirar os bens de seu patrimônio particular para distribuí-los a outras pessoas, com a finalidade de retirar a legítima dos herdeiros necessários.

Assim, para a doutrina, no caso prático, para identificar eventual fraude ao instituto da legítima, o objeto de análise será a finalidade buscada pelo agente, sendo tal hipótese expressamente prevista por meio do artigo 166, inciso VI, do Código Civil: É nulo o negócio jurídico quando: VI - tiver por objeto fraudar lei imperativa.

A segunda regra a ser seguida pelos adeptos ao planejamento sucessório é a vedação ao ato de disposição sobre herança de pessoa viva (Pacta Corvina), conforme expressamente previsto por meio do artigo 426 do Código Civil.

Realizados os esclarecimentos acima em relação ao planejamento sucessório e suas implicações práticas, cumpre destacar a aplicação deste instituto aos países adeptos ao *common law*, principalmente por meio de um novo instituto denominado *trusts*. Nesse sentido, destaca-se o entendimento da doutrinadora Milena Donato Oliva, adotado pelos doutrinadores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce nos comentários sobre o tema: “*instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica*”[53].

Em linhas gerais, os *trusts* decorrem de uma relação fiduciária, por meio da qual uma pessoa é proprietária de um patrimônio, vinculada a uma obrigação de mantê-lo ou utilizá-lo em benefício de terceiros. Tal instituto é considerado como um exemplo de planejamento sucessório nos países sob a influência do direito anglo-saxão, em decorrência de sua flexibilidade, diante da possibilidade de estabelecer *trusts* para qualquer objetivo que não seja considerado ilegal pelo ordenamento jurídico pátrio[54]

Contudo, a doutrina majoritária, exemplificada por meio do entendimento dos doutrinadores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, destacam que a aplicação deste instituto no contexto brasileiro poderia implicar em violação ao disposto no artigo 426 do Código Civil, uma vez que a administração e divisão futura de bens poderiam ser consideradas como atos de disposição patrimonial de pessoa viva, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, também cumpre destacar a aplicação do instituto do planejamento sucessório no contexto de pandemia da COVID-19, diante do óbito de muitas pessoas após contraírem a doença, principalmente no período anterior às campanhas de vacinação, e diante da morosidade do Poder Judiciário que sofreu um considerável aumento diante deste cenário, a opção pela técnica de planejamento sucessório teria a finalidade de facilitar a organização patrimonial e, conseqüentemente, a posterior partilha de bens de forma estruturada[55].

Portanto, este cenário e o contexto de crise econômica decorrente da pandemia da COVID-19, permitiram considerável aumento pela busca do planejamento sucessório por muitas famílias brasileiras[56].

6 CONCLUSÃO

Os avanços na globalização permitiram que nos dias de hoje as distinções existentes entre os países que adotam o sistema do *civil law*, em relação àqueles que

adotam o regime do *common law* diminuíssem consideravelmente, de modo a permitir que um país típico de *civil law* como o Brasil também considere, em algumas situações, a força vinculante dos precedentes judiciais e não apenas a lei escrita.

O contexto histórico foi o principal responsável pelas distinções entre os sistemas da *civil law* e *common law*. De um lado, os países que representam o *civil law* foram influenciados pelo direito romano-germânico, de modo a privilegiar a lei escrita como fonte primária do direito, principalmente após a Revolução Francesa que concretizou a lei como um meio legítimo de representação da vontade do povo e limitação de eventuais abusos. De outro lado, havia o contexto do *common law*, formado por um cenário de predominância da liberdade religiosa e composto pelas modificações realizadas durante o reinado de Guilherme I ou "Guilherme o Conquistador", por meio da unificação dos costumes e da jurisdição no âmbito do direito inglês.

No entanto, conforme demonstrado no decorrer do presente artigo, ainda que o precedente judicial seja utilizado em detrimento da lei escrita, isso não impede que o aplicador do direito dispense a interpretação do que dispõe o julgador no caso utilizado como paradigma. Portanto, antes da aplicação dos precedentes ao caso concreto, estes deverão ser interpretados de modo adequado, para confirmar a possibilidade de aplicação em cada caso concreto.

Assim, como regra geral, a principal diferença entre os sistemas do *civil law* e *common law* consiste na fonte primária para a resolução dos conflitos que surgem na sociedade. Enquanto no primeiro a lei é considerada a fonte primária e os países possuem dispositivos legais que orientam o julgamento dos tribunais, no segundo existe a técnica dos precedentes (*stare decisis*), por meio dos quais os tribunais decidem aplicar a mesma solução jurídica para casos semelhantes, com a finalidade de garantir a segurança jurídica das decisões judiciais.

No início, o *common law* era influenciado predominantemente pelos costumes da sociedade inglesa, contudo, nos dias de hoje esse sistema é composto por precedentes judiciais.

Assim, embora os Estados Unidos da América e a Inglaterra sejam considerados como países que adotam o *common law*, isso não significa que os sistemas jurídicos dos países são idênticos. Isso porque, apenas no primeiro os precedentes judiciais coexistem com os códigos civis dos estados, o que não ocorre na Inglaterra. No entanto, embora nos

Estados Unidos exista esse cenário, a lei escrita apenas é considerada eficaz após a aplicação ao caso concreto mediante a atuação dos tribunais.

Por outro lado, embora existam avanços, em relação ao direito sucessório as distinções permanecem, uma vez que, embora nos países de *civil law* exista o instituto da legítima ou reserva legal, exceto no México, com a finalidade de limitar os atos de disposição patrimonial e, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos herdeiros necessários ou legitimários, nos países adeptos ao *common law* não existe qualquer previsão expressa nesse sentido.

Isto porque, o Código Civil Mexicano não dispõe sobre a existência da legítima, mas apenas sobre o direito de alimentos para determinados parentes do testador.

Vislumbrando esse cenário, o presente artigo buscou analisar as principais discussões existentes com relação ao instituto da sucessão legítima e sucessão testamentária nos ordenamentos jurídicos da Itália, Portugal, Alemanha, México e França, como representantes dos países adeptos ao *civil law*, de modo a destacar as diferenças entre o instituto da legítima e o rol dos herdeiros necessários entre os países.

Por meio desta análise, foi possível concluir que no direito francês os ascendentes não constam no rol dos herdeiros necessários, de modo diverso do sistema do direito italiano, português e alemão, que estabelecem não apenas os ascendentes, mas o cônjuge e os descendentes dessa forma.

Contudo, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, nos referidos sistemas o companheiro também não se encontra no rol dos herdeiros necessários, embora o cônjuge supérstite seja assim considerado. Tal contexto também demonstra a existência de um tratamento legal diferenciado do cônjuge e do companheiro no Código Civil dos países indicados acima.

Por outro lado, na Inglaterra e Estados Unidos, como representantes dos países do *common law*, foi possível observar, por meio de uma análise comparativa que, embora nestes países não exista o instituto da legítima, existe um auxílio financeiro ou pensão alimentícia decorrente do patrimônio do testador, de modo a garantir as condições básicas de sustento do herdeiro que realmente precisa.

No mesmo sentido, nos Estados Unidos existe o instituto denominado *family provision*, com a finalidade de garantir que os dependentes econômicos do *de cuius* não

fiquem desamparados após o óbito, principalmente diante da possibilidade do testador realizar a disposição integral dos bens desconsiderando o interesse dos familiares que necessitam de auxílio.

Ademais, com relação à sucessão testamentária, conforme destacado no presente artigo, desde a formação do sistema da *civil law*, diante da influência do direito romano, o testamento era considerado como um instrumento do cotidiano da sociedade, de modo que a morte a existência de testamento era um motivo de maldição e vergonha perante a sociedade. Não obstante, a liberdade de testar nestes países não era absoluta e, desde o início, era limitada pelo instituto da legítima ou reserva hereditária.

Por outro lado, embora a Alemanha também seja considerada um país em que vigora o sistema da *civil law*, no início, o direito germânico não era adepto à existência dos testamentos, sendo que a sucessão legítima era predominante no país. Contudo, a união entre o direito romano-germânico possibilitou o surgimento do sistema atual em que coexistem tanto a sucessão legítima quanto a testamentária.

Além disso, por meio do presente artigo também restou demonstrada a necessidade de sopesamento entre os princípios da solidariedade familiar e o princípio da autonomia privada. Isto porque, no entendimento de alguns doutrinadores, tal como Pablo Stolze Gagliano, limitar os atos de disposição patrimonial por meio do instituto da legítima significa evidente violação ao direito constitucional de propriedade, em que o proprietário pode exercer as faculdades de “usar, gozar, fruir e dispor”, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil.

Nesse contexto, a sugestão para a adequação do instituto da legítima ao contexto da sociedade atual, seria a eventual redução do percentual aplicável nos dias de hoje, ou seja, 50% dos bens da herança, e possibilidade de preservação dos interesses dos herdeiros de outra forma, como por exemplo por meio de testamentos.

Por outro lado, também existe o entendimento de que a legítima deveria ser aplicada apenas para as pessoas economicamente vulneráveis e que dependiam economicamente do *de cuius*, de modo que após o óbito do familiar não são capazes de obter o próprio sustento.

Por fim, com relação ao planejamento sucessório e a aplicação no âmbito dos países adeptos ao sistema do *common law*, restou demonstrado que, a ausência de

previsão expressa referente à legítima nestes países foi responsável pela criação de um cenário mais favorável ao planejamento sucessório.

Assim, a legítima tem sido considerada como um “obstáculo” a concretização do planejamento sucessório e conseqüente possibilidade de que os benefícios deste instituto sejam aplicados cada vez mais em diversos países.

Uma vez que, este instituto é utilizado para, ao mesmo tempo, evitar o surgimento de futuros conflitos entre os herdeiros no momento da partilha de bens e assegurar uma distribuição da herança conforme a vontade efetiva do *de cuius*, como uma medida de concretizar a aplicação do princípio da autonomia da vontade.

Nesse contexto, alguns instrumentos destacados no presente artigo que permitem a concretização do planejamento sucessório são a opção pelo regime de bens diverso dos regimes previstos atualmente no Código Civil Brasileiro e a constituição de sociedades denominadas “holding familiares”, de modo a assegurar a administração de determinados bens até o momento da partilha de bens.

Ademais, o testamento e as doações realizadas em vida pelo *de cuius* também são instrumentos que buscam concretizar o planejamento sucessório, embora em alguns casos práticos este instituto seja utilizado com a finalidade de desviar o patrimônio e distribuí-lo para pessoas diversas, de modo a fraudar a legítima dos herdeiros necessários.

Por fim, por meio do presente artigo, também restou destacado que outro instrumento denominado *trusts* é um dos principais exemplos de concretização do planejamento sucessório nos países da *common law*, decorrentes de uma relação fiduciária.

Contudo, a aplicação deste instituto em países adeptos ao civil law, tal como o Brasil, no entendimento de alguns doutrinadores poderia implicar na violação ao artigo 426 do Código Civil e configurar uma hipótese de disposição sobre herança de pessoa viva.

Por fim, o contexto da pandemia da COVID-19 também foi destacado como um contexto que, diante do óbito de muitas pessoas, principalmente no período anterior ao avanço das campanhas de vacinação e diante da morosidade do Poder Judiciário intensificada neste período, acarretou um aumento da busca da população no sentido do planejamento sucessório.

Desse modo, pode-se concluir com o presente trabalho que enquanto os países que adotam o sistema do *civil law* possuem ordenamentos jurídicos mais rígidos, com previsões expressas referentes à proteção da legítima ou reserva hereditária, os países que adotam o sistema da *common law* adotam entendimentos mais livres o que, conseqüentemente, permite e facilita o planejamento sucessório.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

JURISDIÇÕES MISTAS: CIVIL LAW & COMMON LAW. Mixed jurisdiction: Civil Law & Common Law. Revista de Processo | vol. 270/2017 | p. 385 - 406 | Ago / 2017 | DTR\2017\2590.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, março 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009. Tradução livre feita por Renato Becho em seu Ativismo jurídico p. 103 Walker, David M. The Oxford Companion to Law. Oxford: Clarendo Press, 1980, p. 223, Tradução livre.

Guilherme, o Conquistador. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/biografias/guilherme-o-conquistador.html>> Acesso em 26 junho.2022

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 199/2011.Set / 2011 DTR\2011\2451.

BORGES DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n.10, Jan-Jun, p.43-68.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HASELOF, Fabiola Utzig. Jurisdições mistas: civil law & common law. Revista de Processo. Vol. 270/2017. p.385-406. Agosto 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. Vol. 07. Saraiva: São Paulo. 2021.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros Sistemas e no Brasil. 2020. Pág. 09 e 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/549>. Acesso em 26 junho.2022

SUCCESSION. France. European- Justice. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em 26.06.2022

Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. De quem é a herança. Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/tribuna/ordem-entregara-novo-espaco-aos-advogados/quem-heranca>. Acesso em 26 junho.2022

Rádio França Internacional. Justiça francesa decide sobre sucessão de Johnny Hallyday. Disponível em: <https://www.rfi.fr/pt/20190528-justica-francesa-decide-sobre-sucessao-de-johnny-hallyday>. Acesso em 26 junho.2022

OZANAN, Mariana. Sucessão legítima no Direito Comparado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37411/sucessao-legitima-no-direito-comparado>. Acesso em 26 junho.2022.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010.

Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27: 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/l44zms3w/j2WbPlixGvbSJT5T.pdf>. Acesso em 26 junho.2022

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?

Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio%3A+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F>. Acesso em 26 junho.2022

MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em 26 junho.2022

POLETTI, Carlos Eduardo M. Indignidade sucessória e deserdação, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502182561/>. Acesso em 26 junho.2022

PELLEGRINO, Rodrigo. Common law: Uma abordagem sobre o prisma da liberdade religiosa. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/common-law-uma-abordagem-sobre-o-prisma-da-liberdade-religiosa/>. Acesso em 26 junho.2022

Pinheiro, Aline. Corte britânica limita livre escolha sobre herança. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-07/justica-britanica-limita-liberdade-escolha-heranca>. Acesso em 26 junho.2022

VELOSO, Zeno. Como deixar a herança. Disponível em: <https://www.soleis.adv.br/artigoherancacomodeixar.zeno.htm>. Acesso em 26 junho.2022

FREIRE JÚNIOR, Alier Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. Da redução e exclusão da legítima versus o direito à herança. Acesso em 25.06.2022. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/177/213>. Acesso em 26 junho.2022

BERENICE DIAS, Maria. Manual de direito das famílias. Revista dos tribunais: 2017: Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12/document/132651236/anchor/a-132651236>. Acesso em 26 junho.2022

GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso; LIMA DANTAS, Renata Marques. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Revista Brasileira de Direito Civil –

RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9/8>. Acesso em 26 junho.2022

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINELLI, Gisele dos Santos. A legítima versus o planejamento sucessório. Disponível em http://marinelliadvocacia.com.br/downloadFromServer&src=uploads/content_file/a-legitima-versus-o-planejamento-sucessorio.pdf. Acesso em 26 junho.2022

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em 26 junho.2022

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda C. Planejamento Sucessório: Introdução à Arquitetura Estratégica - Patrimonial e Empresarial - com Vistas à Sucessão Causa Mortis. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2015. 9788597000108. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/>. Acesso em: 26.06.2022.

SANTOS SALES, Plínio César. Planejamento sucessório patrimonial. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14335/14335.PDF?>. Acesso em 26 junho.2022

NASCIMENTO, Priscilla Brayner Calado. O impacto da covid e a importância do planejamento sucessório. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1428/O+impacto+da+COVID-19+e+a+import%C3%A2ncia+do+planejamento+sucess%C3%B3rio>. Acesso em 26 junho.2022

GIMENEZ, Ana Paula. TAVERNEIRO, Marcos. O aumento da procura por planejamento sucessório durante a crise da COVID-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/opiniaoprocura-planejamento-sucessorio-covid-19>. Acesso em 26 junho.2022

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 26 junho.2022

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26 junho.2022.

ITÁLIA. 1997-1999. Código Civil. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter Dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em 26 junho.2022.

FRANÇA. 1803-03-05. Código Civil. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4A8E5DA3494B31C4E433FC871D6790E.tpdjo08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006089696&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111209. Acesso em: 26 junho2022.

PORTUGAL. Lei 47.344, 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em 26 junho2022.

MÉXICO. Código civil. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/> Acesso em 26 junho.2022.

ALEMANHA. Código Civil. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf> Acesso em 26 junho.2022.

NOTAS:

[1] JURISDIÇÕES MISTAS: CIVIL LAW & COMMON LAW. Mixed jurisdiction: Civil Law & Common Law. Revista de Processo | vol. 270/2017 | p. 385 - 406 | Ago / 2017 | DTR\2017\2590.

[2] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

[3] REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002. p.142.

[4] MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

[5] REALE, Miguel. op. cit., p.153.

[6] Tradução livre feita por Renato Becho em seu *Ativismo jurídico* p. 103 Walker, David M. *The Oxford Companion to Law*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 223, Tradução livre.

[7] Guilherme, o Conquistador. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/biografias/guilherme-o-conquistador.html>> Acesso em 26 junho.2022.

[8] RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo* | vol. 199/2011 | p. 159 - 191 | Set / 2011 DTR\2011\2451.

[9] BORGES DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, vol. 6, n.10, Jan-Jun, p.43-68.

[10] *Ibidem*. p. 43-68.

[11] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. p.33-45.

[12] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.69.

[13] HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições mistas: civil law & common law*. *Revista de Processo*. Vol. 270/2017. p.385-406. Agosto 2017.

[14] REALE, Miguel. op. cit., p.142.

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. Vol. 07. Saraiva: São Paulo. 2021, p.12.

[16] HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45.

[17] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7. Edição Kindle (p. 41).

[18] *Ibidem*, p.155.

[19] POLETTTO, Carlos Eduardo M. *Indignidade sucessória e deserdação*, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.154. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978850218256>.

[20] TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros Sistemas e no Brasil. 2020. Pág. 09 e 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/549>. Acesso em 26 junho.2022.

[21] SUCCESSION. France. European- Justice. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em 26.06.2022

[22] Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. *De quem é a herança*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/tribuna/ordem-entregara-novo-espaco-aos-advogados/quem-heranca>. Acesso em 26 junho.2022.

[23] Rádio França Internacional. Justiça francesa decide sobre sucessão de Johnny Hallyday. Disponível em: <https://www.rfi.fr/pt/20190528-justica-francesa-decide-sobre-sucessao-de-johnny-hallyday>. Acesso em 26 junho.2022

[24] TARTUCE, Flávio. op. cit.

[25] OZANAN, Mariana. Sucessão legítima no Direito Comprado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37411/sucessao-legitima-no-direito-comprado>. Acesso em 26 junho.2022.

[26] FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p.51.

[27] Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/l44zms3w/j2WbPlixGvbSJT5T.pdf>. Acesso em 26 junho.2022.

[28] NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio%3A+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F>. Acesso em 25 de junho de 2022.

[29] MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 25 jun. 2022. P. 349

[30] POLETTO, Carlos Eduardo M. Indignidade sucessória e deserdação, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 158. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502182561/>. Acesso em: 26 junho2022.

[31] POLETTO, Carlos Eduardo M. op. cit. p. 157-158.

[32] REALE, Miguel. op. cit., p.146.

[33] PELLEGRINO, Rodrigo. Common law: Uma abordagem sobre o prisma da liberdade religiosa. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/common-law-uma-abordagem-sobre-o-prisma-da-liberdade-religiosa/>. Acesso em 26 junho.2022.

[34] Pinheiro, Aline. Corte britânica limita livre escolha sobre herança. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-07/justica-britanica-limita-liberdade-escolha-heranca>. Acesso em 26.05.2022.

[35] Decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-apelacoes-inglaterra.pdf>. Acesso em 25.06.2022.

[36] Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27: 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/l44zms3w/j2WbPlixGvbSJT5T.pdf>. Acesso em 26 junho.2022.

[37] VELOSO, Zeno. Como deixar a herança. Disponível em: <https://www.soleis.adv.br/artigoherancacomodeixar.zeno.htm>. Acesso em 26 junho.2022.

[38] FREIRE JÚNIOR. Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. Da redução e exclusão da legítima versus o direito à herança. Acesso em 25.06.2022. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/177/213>. Acesso em 26 junho.2022.

[39] BERENICE DIAS, Maria. Manual de direito das famílias. Revista dos tribunais: 2017: Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12/document/132651236/anchor/a-132651236>. Acesso em 25 junho.2022.

[40] BERENICE DIAS, Maria, op.cit.

[41] FREIRE JÚNIOR. Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. op.cit.

[42] GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p.28.

[43] Ibidem, p.28.

[44] BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso; LIMA DANTAS, Renata Marques. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9/8>. Acesso em 26 junho.2022.

[45] MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 51

[46] NEVARES, Ana Luiza Maia. op.cit.

[47] GAGLIANO, Pablo S. op. cit. p.58.

[48] MARINELLI, Gisele dos Santos. A legítima versus o planejamento sucessório. Disponível em http://marinelliadvocacia.com.br/downloadFromServer&src=uploads/content_file/a-legitima-versus-o-planejamento-sucessorio.pdf. Acesso em 26 junho.2022.

[49] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em 26 junho.2022.

[50] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio, op.cit.

[51] MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda C. Planejamento Sucessório: Introdução à Arquitetura Estratégica - Patrimonial e Empresarial - com Vistas à Sucessão Causa Mortis. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2015. 9788597000108. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/>. Acesso em: 26 junho. 2022. p. 80.

[52] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. op.cit.

[53] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. op.cit.

[54] SANTOS SALES, Plínio César. Planejamento sucessório patrimonial. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14335/14335.PDF?>. Acesso em 26 junho.2022.

[55] NASCIMENTO, Priscilla Brayner Calado. O impacto da covid e a importância do planejamento sucessório. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1428/O+impacto+da+COVID-19+e+a+import%C3%A2ncia+do+planejamento+sucess%C3%B3rio>. Acesso em 26 junho.2022.

[56] GIMENEZ, Ana Paula. TAVERNEIRO, Marcos. O aumento da procura por planejamento sucessório durante a crise da COVID-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/opinia-o-procura-planejamento-sucessorio-covid-19>. Acesso em 26 junho.2022.

UM PRIMEIRO OLHAR AO ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA LEI 14.344/22 (LEI HENRY BOREL) AO MUNDO DOS FATOS.

PAULA NAVES BRIGAGÃO: Ex Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual, pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada²⁰.

Resumo: O presente trabalho pontua a inovação legislativa operada pela Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel) que traz em seu bojo a definição de violência doméstica contra a criança e aos adolescentes, que se espraia pelo Código Penal e pela Legislação Extravagante, com novas causas de aumento de penas e qualificadoras, bem como na inserção de novas figuras penais, com vistas a contemplar uma maior proteção a eles, vulneráveis por natureza. Embora no período de *vacatio legis*, a eficácia social da norma é tema que ultrapassa os meandros de um Direito Penal Simbólico.

Palavras- Chaves: violência doméstica – criança – adolescentes – revitimização- proteção legal – Lei 14.344/22.

Abstract: The present work points out the legislative innovation operated by Law 14.344/22 (Henry Borel Law) which brings in its core the definition of domestic violence against children and adolescents, which spreads through the Penal Code and the Extravagant Legislation, with new causes of violence. increase in penalties and qualifiers, as well as the insertion of new penal figures, with a view to providing greater protection to them, who are vulnerable by nature. Although in the period of *vacatio legis*, the social effectiveness of the norm is a theme that goes beyond the intricacies of a Symbolic Criminal Law.

Sumário: Introdução. 1.1. Contornos da Lei 14.344/22 ao crime de Homicídio (art. 121 do CP). 1.2. Reflexos da Lei 14.344/22 na Lei dos Crimes Hediondos e no Código Penal. 1.3. Influxo da Lei Henry Borel na Lei de Execução Penal. 1.4. Incursão da Lei Henry Borel no ECA (Lei 8.069/90).1.5. Influência da Lei Henry Borel na Lei 13.431/17. 1.6. Crimes tipificados na Lei 14.344/22. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

²⁰ E-mail: paulabrigagao@gmail.com

A Lei 14.344 nasceu na data do dia 24 de maio do ano de 2022, e, longe de prestar homenagens aos militares de Arma de Infantaria do Exército Brasileiro, apesar da coincidência da data comemorativa, a lei foi mesmo apelidada informalmente de Henry Borel, reportando-nos ao sensível caso do menino Henry - que teve suprimida a sua vida devido à hemorragia interna - advinda de espancamento em ambiente doméstico, de acordo com dados periciais, até então apresentados mundialmente.

Atente o leitor que, muito embora o legislador não tenha batizado formalmente a Lei com tal nomenclatura, ao Henry se reportou - quando instituiu um dia do ano, qual seja, o dia três de maio, como o marco da violência doméstica contra a criança e ao adolescente - dia, esse, coincidente com a data de aniversário dele, homenageado expressamente, nos termos do art. 27 da Lei 14.344/22.

A comoção social da morte cruel de uma criança tocou o coração dos brasileiros, de um modo geral, e aquele menino acabou por levantar a bandeira de todos os meninos (as) do nosso país, de modo que o legislador, com "olhos de pai e coração de mãe" nos apresentou, na data acima referida, a Lei 14.344/22, a fim de melhor resguardarmos os nossos infantes das mazelas do mundo.

É cediço que a lei, por ela mesma, não é varinha de condão da fada madrinha, a ponto de modificar a realidade fática e social do país, mas, a nós, não restou dúvidas de que o legislador almejou uma prevenção geral negativa e, seja por meio de um Direito Penal Simbólico (resultado de um Direito Penal de Emergência), ou não, estava imbuído de boa intenção quando da elaboração dos trabalhos legislativos ao esculpir de hediondez o crime de homicídio praticado em desfavor de pessoa menor de quatorze anos. Se irá apresentar eficácia social só o tempo dirá...

E, por falar neles, nos trabalhos legislativos, o legislador, imbuído do espírito dos contos da branca de neve e dos sete anões, imitando a rainha-madrastra, que namorava o espelho, voltou-se para o seu próprio e disse a ele mesmo:

"- Espelho, espelho meu, existe realidade de violência e opressão que seja mais sensível do que aquela reportada na Lei Maria da Penha?". A resposta negativa se impôs!

Lei Maria da Penha? Como assim? Não estamos falando de crianças? A resposta é positiva. Mas também, de igual modo, estamos conversando de violência doméstica e a violência é uma só, em qualquer lugar do mundo, de modo que inspirado nas premissas que o embasaram a redigir a Lei Maria da Penha, o legislador assim o fez quando da elaboração da Lei do Menino Henry Borel.

Voltemos os nossos olhos e sentidos para ela!

1.1 Contornos da Lei 14.344/22 ao crime de Homicídio (art. 121 do CP).

Na vida como ela é Dona Crecineide nunca desejou ser mãe. Sempre alardeou a todos que se tornou mãe por um infeliz acidente do destino. Dia desses (data de hoje, qual seja: 04/06/22) resolveu dar cabo da criança, seu filho, espancando-o e, logo após, amarrando-o no pé de goiaba de sua fazenda. A criança veio a óbito dois dias depois. A pergunta que não quer calar é a seguinte:

Dona Crecineide responderá criminalmente por sua conduta nos termos da Lei 14.344/22?

A resposta é parcialmente negativa, com algumas adaptações ao caso da vida real. E, para tanto, se fazem necessárias algumas análises acerca de lições de Direito Intertemporal, bem como noções acerca da natureza híbrida das normas.

Isso porque a Lei 14.344/22 publicada em 24 de maio de dois mil e vinte e dois não entrou em vigor na data de sua publicação. Entrará em vigor no lapso temporal de quarenta e cinco dias. Lei em período de *vacatio legis* ainda não produz efeitos, por ser despida força cogente e nua em eficácia. Sendo *novatio legis in pejus*, as suas disposições só encontrarão adequação típica nas condutas praticadas após 45 (quarenta e cinco) dias, no caso, após 08 de julho do presente ano. É o Direito Penal Intertemporal que assim nos ensina.

Mas, claro, no caso concreto acima descrito, restou patente a conduta de homicídio qualificado pelo meio cruel (art. 121, parágrafo segundo, inciso terceiro), crime hediondo, de igual modo.

Dona Crecineide não ficará sem a resposta do Direito Penal, apenas, a ela, não poderá ser aplicada a Lei 14.344/22 que deu o contorno de qualificadora ao artigo 121, parágrafo segundo, inciso nono ao art. 121 do CP, acrescido da causa de aumento da pena no parágrafo segundo em 2/3 por ter o sujeito ativo do crime um ascendente, sob pena de macularmos o princípio da irretroatividade da lei gravosa (a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu), conseqüência do princípio da legalidade e, gostemos ou não, direito fundamental dela e de todos nós! Uma “carta na manga” que todo cidadão possui contra as arbitrariedades, porventura cometidas, contra os atos do Poder Público. *Dura lex sed lex!*

Vale destacar que em período pretérito a edição da Lei 14.344/22, em caso similar ao por nós narrado, em que a genitora golpeou com uma furadeira o seu filho, criança, com apenas quatro anos de idade, acarretando-lhe o rompimento do baço, pelo único fato de a criança, por descuido, ter pisoteado nas fezes de um cachorro, o Superior Tribunal de Justiça, considerando o homicídio tentado qualificado pelo meio cruel, assim o fez para fundamentar a prisão preventiva, na faceta da necessidade de se garantir a instrução criminal. Confira o leitor trecho do julgado:

HC: 422140 RS.

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO, PRATICADO, EM TESE, CONTRA O PRÓPRIO FILHO, DE 4 ANOS DE IDADE. MAUS ANTECEDENTES. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 3. Mostra-se devidamente fundamentada a prisão preventiva em hipótese na qual o Tribunal a quo, ao dar provimento a recurso em sentido estrito ministerial, destacou a periculosidade do acusado, evidenciada pela violência e desproporção do delito imputado, consistente em golpear com uma furadeira o seu filho de apenas 4 anos de idade, com tal ímpeto que provocou-lhe o rompimento do baço, sendo que o ato foi motivado pelo simples fato de que a criança havia pisado nas fezes de um cachorro. 4. Por outro lado, é de se notar que os antecedentes criminais do acusado reforçam os indícios de sua personalidade violenta, uma vez que ostenta inquéritos por supostos crimes praticados em âmbito doméstico, uso de entorpecentes, furto tentado, estupro de vulnerável tentado e resistência. 5. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, muito embora não possam exasperar a pena-base, a teor da Súmula 444/STJ, constituem elementos aptos a revelar o efetivo risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a

manutenção da prisão preventiva (RHC n. 68550/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 31/3/2016).6. A prisão encontra justificativa também na necessidade de garantir a escorreita instrução criminal, uma vez que as testemunhas revelam temor em relação ao acusado - circunstância relatada espontaneamente pela avó da criança, e reforçada pela apresentação de versão desconectada dos fatos pela esposa do acusado. 7. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.8. Ordem não conhecida.

Há que se destacar, entretanto, que a tipificação penal de Crecineide não poderá estar abarcada pelo novo diploma normativo, por representar direito penal material e estar atrelada ao seu direito fundamental de liberdade.

Contudo, a nova lei no que toca ao aspecto processual penal obedece ao princípio do isolamento dos atos processuais e aplicação imediata, ou seja, o tempo rege o ato. Base legal: art. 2º do CPP.

Ilustrativamente, se a nossa mãe desalmada Crecineide, após espancar o seu filho e amarrá-lo ao pé de goiaba, não consegue ceifar-lhe a vida, devido ao fato de um vizinho, da fazenda ao lado, ter desamarrado a criança, e, note o leitor, mesmo tendo sido a conduta de Crecineide praticada antes da entrada em vigor da lei, após o período de *vacatio legis*, Crecineide poderá ter contra si (após a vigência normativa) um medida protetiva de urgência, qual seja, o afastamento de sua pessoa para com a criança - do lar de convivência, para o bem e resguardo da própria criança. O foco aqui é a criança e não a mãe! Isso porque as medidas cautelares ostentam a natureza jurídica de normas processuais penais genuínas e a elas não se aplicam o princípio da irretroatividade da lei gravosa, mas o princípio da imediatidade, nos termos do art. 2º do CPP. É a nossa posição!

Logo, o leitor deve tomar em conta que a resposta quanto à incidência da Lei Henry Borel a fatos pretéritos a sua entrada em vigor- dependerá da natureza da norma envolvida, se de natureza material ou processual. Note que a Lei Henry Borel possui caráter material e processual e apenas na parte material não será aplicada retroativamente!

1.2) Reflexos da Lei 14.344/22 na Lei dos Crimes Hediondos e no Código Penal.

O rol dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) que, por essência, é um rol taxativo sofreu ampliação com a Lei 14.344/22 ganhando o homicídio qualificado nova roupagem, com a

qualificadora do inciso IX ao art. 121 do CP. Base legal: art. 32 da Lei 14.344/22. Confira o leitor:

“Art. 32. O inciso I do **caput** do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e **IX**).”

“Art. 121.

§ 2º

Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

.....

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Atente-se o leitor para o fato de, além do art. 121 do Código Penal ter sido objeto de contemplação pelo novo diploma normativo, dois outros artigos também assim o foram. São eles: art. 111 do CP – atinente ao tema da prescrição e, de igual modo, o art. 141 do CP – abarcando disposições referentes aos crimes contra a honra.

No que toca ao art. 111 do Código Penal, tal dispositivo tem a missão de nos revelar o termo inicial da pretensão punitiva do Estado. Em palavras simples: indaga-se a partir de que momento conta-se a prescrição quando tal cenário envolver como protagonistas crianças e adolescentes?

Nossa lei substantiva nos guiava ditando que : " V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, (conta-se a prescrição) da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal." (grifos nossos!).

O que efetivamente mudou com a Lei 14.344/22?

O objeto jurídico dignidade sexual foi ampliado para englobar qualquer violência perpetrada contra criança ou adolescente.

Confira o leitor:

Art. 31. Os arts. 111, 121 e 141 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 111.

V - nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam **violência** contra a criança e o adolescente, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal." (NR). (grifos nossos!).

Mas em que consiste a violência contra a criança ou o adolescente?

O artigo 2º da Lei 14.344/22 nos fornece, com precisão, a resposta. Vejamos:

Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial:

I - no âmbito do domicílio ou da residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. Para a caracterização da violência prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as definições estabelecidas na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

Art. 3º A violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Não vamos muito longe...

No cenário do caso da vida, Enzola mudou-se de uma casa para um apartamento, aos onze anos de idade. Seu pai (Sr. Paulo Deixa Disso) logo tornou-se síndico do condomínio e Enzola, na sua visão mirim, achou que já era o dono do prédio. Subia bem alto no escorregador, a ponto de ficar quase da altura do muro que fazia divisa com o prédio e, para tanto, jogava areia nas roupas branquinhas da vizinha, a Dona Cacilda Gargarejo. Cansada de ficar lavando, mais de uma vez, as suas roupas e, do pouco caso genitor no tocante as suas reclamações, Dona Cacilda resolveu tomar uma atitude mais drástica. Eis que se dirigiu pessoalmente a reunião de condomínio e, na frente de todos “gargarejou”, isto é, xingou o meninos de todos os nomes, aproveitando a presença da criança para agredi-la fisicamente em público. O pai do menino fez “cara de paisagem” e, por desejar não se indispor com os vizinhos, nenhuma atitude tomou, por longos anos. Se tais fatos narrados forem praticados após a vigência da Lei 14.344/22, ainda que seu pai nenhuma atitude tomasse Enzola não ficaria ao desalento, sem uma resposta estatal. Poderá, agora, ele mesmo, buscar o Direito Penal para fins de reparação pelo mal sofrido (quando possuía onze anos de idade) e a sua pretensão não estará fulminada pela prescrição. Isso, claro, desde que não tenha sido proposta a ação penal em tempos pretéritos.

Outro aspecto interessante a ser mencionado por nós é o de que no caso acima narrado, em tempos anteriores a vigência da lei em comento, na hipótese da vizinha Gargarejo ter se limitado a prática do crime de lesão corporal de natureza leve em desfavor da criança, a ação poderia tramitar sob o rito da Lei 9.099/95, sem qualquer óbice. A competência dos Juizados Especiais Criminais, entretanto, restaria afastada caso pela somatória de crimes a pena cominada ultrapassasse dois anos.

Ilustrativamente, citamos a posição esboçada pela Corte Cidadã - à luz da legislação pretérita, em caso envolvendo violência doméstica, com aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, outrora revogado, ante o descumprimento das condições propostas e aceitas. Confira o leitor: REsp 1498034/RS. Atente-se para o fato de

que a decisão não fazia distinção entre os atores da violência doméstica - na qualidade de sujeito passivo do delito, podendo ser crianças ou não.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA. FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS EQUIVALENTES A SANÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. PRIMEIRA TESE: Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. SEGUNDA TESE: Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência. 2. Da exegese do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 ("a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta), constata-se ser viável a revogação da suspensão condicional do processo ante o descumprimento, durante o período de prova, de condição imposta, mesmo após o fim do prazo legal. 3. A jurisprudência de ambas as Turmas do STJ e do STF é firme em assinalar que o § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. 4. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo a violação do art. 89, §§ 1º, 2º, 4º e 5º da Lei n. 9.099/1995, afastar a decisão de extinção da punibilidade do recorrido, com o prosseguimento da Ação Penal n. 0037452-56.2008.8.21.0017. (REsp 1498034/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015).

E, aqui, cabe um adendo: A lei 14.344/22 proíbe expressamente a aplicação da lei 9.099/95 para os casos referentes à violência contra crianças e adolescentes. Confira o leitor:

“Art.226.

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.” (NR).

Voltemos nossa análise, agora, a modificação no que toca as disposições comuns, concernentes aos crimes contra a honra. Base legal: art. 141 do Código Penal. A novidade aqui estampada foi o aumento de 1/3 (um terço) se quaisquer dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) forem praticados em desfavor de criança ou adolescente, ao lado de pessoas com idade acima de 60 (sessenta anos) ou com deficiência.

Ampliou-se, aqui, o rol de sujeitos passivos para fins de maior reprimenda, no intuito de maior proteção a personalidade moral do ser humano, de *per si* considerado. Tal causa de aumento de pena apenas é excepcionada no tocante a injúria discriminatória, que possui disciplina própria de regulamentação tipificada no parágrafo terceiro do artigo cento e quarenta e um do Código Penal, do qual recebe o mesmo tratamento do racismo no tocante a imprescritibilidade. Perceba o leitor que a exceção no tocante ao aumento de pena, em tempo pretérito a vigência do novo diploma normativo, abarcava tão só o crime de injúria. Mas, já nos ensina o brocardo popular: “uma andorinha não faz verão!”. A exceção ao crime de injúria não se justificava, já que o bem jurídico integridade moral restava abalado de igual monta. Com a entrada em vigor da Lei 14.344/22, o crime de injúria, por ele mesmo, desde que não discriminatória, estará abarcado pelo aumento de pena.

Vejamos: Creuza é moça trabalhadeira. Desde muito jovem trabalha na bilheteria do único cinema do Município de Deus me Livre. Dia desses, sua filha menor de idade (Evinha dos Anjos) adoeceu e a creche, como não está autorizada a ministrar medicamentos para conter a febre, telefonou para o pai da criança, que, por necessitar, de igual forma, de sair para trabalhar optou por deixar a criança aos cuidados da mãe, já que essa estava encerrando o expediente no trabalho naquele dia. Mais lenta que de costume, já que Creuza estava se desdobrando entre olhar a criança e atender aos clientes, Dona Emengarda Abraziva, estressada pela demora da atendente, que, segundo ela, era

injustificável passou a proferir palavras de baixo calão, gritando aos quatro ventos que a criança deveria voltar para a África, de onde nunca deveria ter saído, a fim de brincar com os orangotangos e não mais atrasar a fila do cinema.

A pergunta que não quer calar é se Abraziva, nesse caso hipotético por nós narrado, em tendo praticado o delito na vigência da Lei Henry Boreli responderia por ela, já que direcionou a sua conduta em desfavor de criança?

A resposta negativa se impõe. No caso ilustrativo por nós citado Abraziva, ao fazer menção a África, englobou o critério raça em suas ofensas. Trata-se de racismo estrutural que compõe o espectro do tipo injúria racial qualificada. Com sua conduta Abraziva não ofendeu somente Evinha, mas um grupo indeterminado de pessoas, pessoas essas que são pertencentes à mesma raça de Evinha. E racismo é racismo, independentemente de estar tipificado no bojo de uma injúria ou fora dela!

Para sermos fiéis ao leitor, citamos aqui decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal referida no HC 154248, que em caso similar ao por nós narrado, que envolvia injúria racial, decidiu da seguinte maneira:

Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

Voltemos os nossos olhos, ainda, para a cena do cinema. Abraziva, estressada pela demora na fila - atinente a compra de ingressos para assistir ao filme, e, sabedora que a

demora no atendimento estaria ocorrendo pelo fato de a filha da atendente estar doente; e, com ela, no trabalho, passa a proferir-lhe palavras de tom ofensivo do tipo: - “essa criança não está doente, está com birra. Além de birrenta é feia e só sabe atrapalhar!”.

Nesse caso, se a conduta de Abraziva se der após o advento da Lei Henry Borel, por tratar-se de crime de injúria, sem nenhum qualificativo, dará ensejo a uma condenação, com pena aumentada em um terço (1/3) - por ter sido praticada em face de criança. Repise-se: O dolo do sujeito passivo, aqui, não foi o de ofender uma raça, mas uma pessoa determinada, qual seja, Evinha.

1.3) Influxo da Lei Henry Borel na Lei de Execução Penal.

A modificação pontual ocorrida na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/92) deu-se no tocante ao instituto da limitação de final de semana - que nada mais é que do que a obrigação de permanência do apenado, em dias e horários determinados pelo legislador, em casa de albergado ou outro estabelecimento similar.

Dispõe o art. 152 da LEP, em seu caput, que poderão ser ministrados ao condenado durante o tempo de permanência cursos e palestras e atribuídas atividades educativas. Já nos ensina o brocardo popular: “cabeça vazia, oficina do diabo”. Logo, ocupando a mente o condenado não disporá de muito tempo para idealizar empreitadas criminosas. É fato!

A modificação do art. 152 da LEP não se operou em seu caput, mas em seu parágrafo único. E, aqui, exporemos a redação nova, acrescida pela Lei 14.344/22. Confira o leitor:

Art. 152: “Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único - Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Vale dizer que a redação anterior englobava como sujeito passivo do crime tão somente a mulher vítima de violência doméstica e familiar. O espectro da violência doméstica e familiar fora ampliado para abarcar, agora, os infantes e adolescentes. Educar o agressor como medida preventiva para evitar novas lesões aos bens jurídicos das crianças, dos adolescentes e das mulheres, todos inseridos no contexto de violência doméstica e familiar.

Transpondo a letra fria da lei para o cotidiano, é cediço que grades não ressocializam ninguém, assim, após 08 de julho de 2022, caso José das Couves Mussum aporrinhado com as malcriações de Zacarias, seu filho adolescente, de treze anos, perca a cabeça e resolva dar uma “sova” no garoto, com vara de marmelo - achando que, por ser pai, pode corrigir o seu filho, de qualquer maneira, e, a qualquer preço, o magistrado poderá determinar o seu comparecimento a programas de recuperação e de reeducação, no afã de que o pai desavisado informe-se melhor a respeito dos limites do seu poder punitivo, para fins de melhor educar o seu filho e, quem sabe, amanhã Mussum não seja mais um voluntário a fornecer depoimentos de sua evolução, como forma de ajudar o próximo. No mesmo lema do AA (alcoólicos anônimos): “Só por Hoje eu não agrido!” ou “Por hoje serei melhor do que ontem”. Terapia coletiva em que o grupo ajuda uns aos outros.

Mas o “causo” da vida como ela dá cores e ganha asas além do papel. Fato é que Dona Amargosa, residente do Município Onde o Vento Faz a Curva, mãe de Lucinda Inocência, desgostosa do namoro de sua filha adolescente com Patrício Espinhoso, no intuito de corrigir o comportamento que considera inadequado por parte de sua filha, e, como forma de castigo - pelo fato de a mesma desobedecê-la e insistir no namoro, tranca-a em seus aposentos como forma de evitar novos encontros. Lucinda tinha cabelos curtos e, diferente das estórias em quadrinhos de Rapunzel, sequer poderia jogar as suas tranças, a fim de fugir.

Sua conduta não ficará impune. A filha mantida presa acarretará a mãe, após a vigência normativa na lei em apreço, a sua imediata vinculação a casa de albergado.

Em obediência ao art. 152 da LEP, o douto magistrado da comarca aplicará a Amargosa o comando legal, determinando o seu comparecimento, por cinco horas diárias, aos finais de semana, a casa de albergado, para fins de reeducação.

Mas o juiz era recém empossado e acabara de chegar ao Município Vento Faz a Curva.

Contudo, o Município de O Vento Faz a Curva, além do vento, possui pouca coisa e, nessa toada, o Município não possui casa de albergado para que Amargosa pudesse cumprir a limitação de final de semana. Limitação essa, até, então, desconhecida pelo juiz.

A pergunta que não quer calar é a seguinte:

Diante da ausência de casa de albergado na localidade, a defesa de Amargosa poderá pleitear ao juízo pelo cumprimento de sua pena em regime domiciliar?

Se não houver casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, nada obsta que Amargosa cumpra a pena restritiva de direitos - consistente em limitação de final de semana - em regime domiciliar e, para tanto, assistindo palestras de auto-ajuda, de forma online. A concessão, para o regime domiciliar, contudo, não se dá forma automática, embora não seja de plano vedada. As circunstâncias do caso concreto irão ditar a melhor solução. Assim nos parece. E quem nos socorre desse enrosco, em verdadeiro diálogo das fontes, é a LINDB. Trata-se do primado da realidade. Confira o leitor:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Logo, se há um obstáculo físico, qual seja, a ausência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, similar, o primado da realidade impõe ao magistrado solução justa e consentânea com o caso a ser por ele analisado. É a nossa posição!

Instada a pronunciar-se sobre o tema, a Corte Cidadã, analisando um caso que envolvia um apenado que cumpria a limitação de final de semana - em regime domiciliar - por ausência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado e, exercendo a profissão de motorista durante os dias da semana, assim fazendo, o STJ achou por bem aplicar ao condenado o instituto da remissão pelos dias trabalhados, na condição de motorista. Confira o leitor trecho da decisão:

HC: 1560854.

EMENTA PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO CRIMINAL. REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA EM PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO NA COMARCA. REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 562/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Na hipótese, o reeducando progrediu ao regime intermediário e, diante da ausência de Casa de Albergado na comarca, foi-lhe deferido o regime domiciliar, com limitação de finais de semana, a fim de que ele exercesse o trabalho de motorista durante os dias úteis. 2. Não se vislumbra incompatibilidade alguma ou qualquer óbice em se conceder ao apenado a remição pelos dias trabalhados, pois tal direito se reveste de natureza pública e se insere no sistema progressivo, em que há uma flexibilização gradual da sanção, à medida que o reeducando vai se aproximando da liberdade. Negar ao sentenciado o benefício representaria inegável desestímulo à progressão de regime. 3. Uma vez presentes os

requisitos legalmente exigidos, descabe ao intérprete opor empecilhos à remição pelo trabalho, uma vez que, ainda que o sentenciado esteja a cumprir a reprimenda em regime domiciliar, tal benefício lhe fora deferido em razão da própria falência do sistema carcerário. 4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que os sentenciados que cumprem pena no regime semiaberto, como na presente hipótese, ou fechado, têm direito à remição da pena pelo trabalho, consoante a previsão legal do art. 126 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.433/2011, que prevê que "o condenado que cumpre pena em regime fechado e semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena". Entendimento em consonância com a dicção da Súmula n. 562/STJ. 5. Recurso especial desprovido.

Vamos além. Suponhamos que tenha sido imposta a um condenado qualquer uma condenação por uma pena restritiva de direitos – consistente na limitação de finais de semana, acompanhada de uma pena de multa. Na ausência de casa de albergado ou de estabelecimento adequado é lícita a cumulação de duas penas de multa?

A resposta negativa se impõe. Em não havendo casa de albergado ou outro estabelecimento adequado na localidade o regime domiciliar se faz presente no caso em apreço, como solução prioritária em detrimento de nova imposição a pena pecuniária, por expresso mandamento legal. Assim nos ensina o Superior Tribunal de Justiça. Confira o leitor: Resp. 1716888:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO OU UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. LITERALIDADE DO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA E MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA POR MULTA. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO. DUAS PENAS DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. 1. Hipótese em que a pena privativa de liberdade imposta ao apenado foi substituída pelo juízo de primeiro grau por uma restritiva de direitos, consubstanciada na limitação de final de semana, e por uma de multa, nos exatos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal. 2. O Tribunal a quo, considerando a inexistência na comarca de casa de albergado, acolheu o pedido da defesa para substituir a limitação de final de semana por outra pena de multa, cumulando duas penas substitutivas da mesma espécie. 3. Esta Corte

detém entendimento no sentido da impossibilidade de imposição de duas penas pecuniárias, em obediência à regra contida na parte final do § 2º do art. 44 do Código Penal (AgRg no REsp 1449226/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015). 4. A letra da lei não permite margem a outra interpretação, devendo ser acompanhada a literalidade da disposição normativa contida na segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal. 5. Nas situações em que não houver casa de albergado na localidade, esta Corte já entendeu que o cumprimento da pena de limitação de fim de semana deve se dar em outro estabelecimento adequado ou em regime domiciliar. Precedentes. 6. Recurso provido.

Acrescentamos, se o crime acima narrado envolver a prática de violência doméstica contra criança ou adolescente, na ausência de casa de albergado ou estabelecimento adequado, com maior razão, agora, não poderá ser imposta unicamente a pena de multa, ainda que em duplicidade. É o legislador que nos impõe tal restrição, nos termos do que preconiza o parágrafo segundo do art. 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Confira o leitor:

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa." (NR)

1.3) Incursão da Lei Henry Borel no ECA (Lei 8.069/90).

O ponto alto das modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, advindas da Lei 14.344/22 cinge-se ao seu art. 226 e seu parágrafo único que contempla vedação expressa de aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, aos crimes nela inseridos.

Foi o mesmo que o legislador fez no tocante aos crimes cometidos contra a mulher em contextos de violência doméstica especificados na Lei Maria da Penha, e, assim procedeu, em seu art. 41.

Atente o leitor para o mesmo espírito de proteção do legislador. A violência é uma só. Violência é violência. O resto são rótulos! E, isso, ainda que a pena cominada em abstrato seja de até dois anos, de tal modo que se afasta a competência do rito comum sumaríssimo, até porque a violência doméstica - seja ela praticada contra a mulher ou contra crianças e adolescente - não se afinam com infrações de menor potencial ofensivo, dada a magnitude do bem jurídico lesado.

Confira o leitor o teor do texto normativo:

Art. 226.

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O parágrafo segundo do mesmo art. 226 faz alusão expressa a vedação da penas de cesta básica. Vejamos:

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa." (NR)

O parágrafo segundo acima narrado é um pedaço da Lei Maria da Penha, guardadas as suas peculiaridades. Reflexo da dignidade da pessoa humana, no sentido de vedar a banalização da coisificação de pessoa. O respeito, a honra, a integridade física e psicológica são bens jurídicos que não possuem preço.

Ilustrativamente:

Pedro Macarrão era casado com Lívia Mostarda. Amante dos vinhos, o homem sempre exagerava na dose e, o final da noite, nunca acabava bem. Dia sim, dia não, a mulher e os filhos menores levavam paulada na cabeça; além de que dia sim e, no outro também, o beerrão visitava a carteira de sua mulher, subtraindo-lhe dinheiro para comprar bebidas. Beneficiado pela escusa absolutória - quanto ao crime de furto, Pedro já encontrava óbice ao pagamento de cesta básica quanto ao crime de violência doméstica contra a mulher, por expressa vedação da Lei Maria Penha. Agora, após o advento da Lei Henry Borel, que tomou de empréstimo o espírito Maria da Penha, a vedação de cesta básica também se estenderá aos filhos menores que levarem pauladas do pai. Do contrário, se possível fosse compensar violência doméstica com gênero alimentício ficaria barato agredir. Não é esse o espírito!

1.4) Influência da Lei Henry Borel na Lei 13.431/17

Tal lei encampa um complexo de garantias de direitos em prol de crianças e adolescentes que se encontram na posição de vítimas ou testemunhas de violência. Igualmente objeto de modificação legislativa pela lei 14.344/22.

Há que se destacar que a Lei 13.431/17, tal qual a Lei Maria da Penha, também carrega em seu corpo formas de violência contra a criança e ao adolescente, inovando com

a denominada violência institucional, que nada mais significa que a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando desaguar em revitimização.

A lei Henry Borel trouxe ao art. 4º da Lei 13.431/17 a violência patrimonial - que se traduz em qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer as suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional (que guarda regulamentação própria).

E, aqui, um caso ilustrativo a ser citado é o do João Penteado. Empresário bem sucedido e um eterno amante de si mesmo. Apaixona-se pelas mulheres com a mesma fugacidade das roupas que compra diariamente. Por vaidade, casou-se com Joaquina Belezura, a miss de sua cidade Natal. Casamento que não durou uma troca de estação do ano e, do qual, adveio Lívia, filha do casal. Fato é que após o desenlace, mesmo acumulando muitos recursos financeiros, Penteado nunca quis dividir o "pão", fosse com a mulher ou com a filha menor, de modo que nunca pagou pensão alimentícia para a ex-mulher - que era paupérrima e, após um acidente de ônibus, tornou-se parálitica; tampouco pagou alimentos para a filha menor. O homem egoísta só pensava em comprar roupas! Caso patente de violência patrimonial. Já o era pela Lei Maria da Penha.

Agora, após o advento da Lei Henry Borel, o caso acima narrado também encontrará tipificação no art. 4º da Lei 13.431/17 - como um caso de violência patrimonial contra a criança e/ou adolescente.

Confira o leitor o dispositivo da Lei Maria da Penha acima citado, dispositivo esse que foi praticado copiado para Lei 13.431/17:

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

1.6) Crimes Tipificados na Lei 14.344/22.

É importante que se diga que a Lei 13.431/17 elenca dois crimes, dos quais passaremos a discorrer. Vejamos:

DOS CRIMES

Art. 25. Descumprir decisão judicial que defere medida protetiva de urgência prevista nesta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu a medida.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Art. 26. Deixar de comunicar à autoridade pública a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra criança ou adolescente ou o abandono de incapaz:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.

§ 2º Aplica-se a pena em dobro se o crime é praticado por ascendente, parente consanguíneo até terceiro grau, responsável legal, tutor, guardião, padrasto ou madrasta da vítima.

O art. 25 de seu texto, com a modificação legislativa promovida pela Lei em apreço, encampa o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, reverso da mesma moeda. Qual moeda? A moeda que traz no verso o art. 24, A, da Lei Maria da Penha. Confira o leitor:

Art. 24-A. Lei Maria da Penha: Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Toc toc toc... Bate na porta a realidade do mundo fenomênico...Creolinda era mãe severa. Para ela, tudo se resolvia na base da pancadaria, que, em sua visão distorcida, era

base da educação. Certa feita, com a desobediência de Tício, o seu filho menor, Creolinda pegou de empréstimo o cinto do marido e deu tanta cintada nas pernas de Tício que o menino, traumatizado, ficou três dias sem abrir a boca. Suponhamos que a sua conduta tenha sido praticada após 08 de julho de 2022, após o advento da Lei Henry Borel. O magistrado aplicou a ela uma medida protetiva de afastamento do lar - com vistas a proteção da criança. Creolinda, contudo, visitava a casa quando o marido saía, pois não suportava perder o controle sobre o filho. Diante de tal contexto, o magistrado poderá aplicar a ela o art. 25 da Lei 14.344/22.

Pergunta-se: Levando-se em consideração que a Lei 14.344/22 estipula em seu art. 25 que a pena de detenção variará de três meses a dois anos, sendo pena, portanto, inferior a quatro anos, será caso de aplicação do art. 322 do CPP ("A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.")?

A resposta negativa se impõe. Aplica-se ao presente caso o princípio da especialidade e a Lei Henry Borel, por expressa vedação legal, proíbe o delegado de arbitrar fiança, independentemente da quantidade da pena ser inferior a quatro anos. É caso de aplicação da cláusula de reserva de jurisdição por expresse comando legal. A Lei Maria da Penha assim o fazia, caminhando o legislador, pois no mesmo passo, ao seu lado.

Repise-se: as duas hipóteses (violência doméstica contra a mulher e violência doméstica contra criança e/ou adolescente) revelam cláusula de reserva de jurisdição - no que toca ao instituto da fiança. Em tais casos, o delegado encontra óbice legal no arbitramento, que se dá unicamente por ato do juiz.

O pulo do gato, aqui, é que a cláusula de reserva de jurisdição - quanto ao arbitramento da fiança - somente ocorrerá quando do descumprimento de medida protetiva. O delegado poderá arbitrar fiança nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher - e entendemos que, de igual modo, poderá arbitrar fiança nos crimes que envolvam violência contra a criança e/ou adolescente. O que o delegado não poderá fazer é arbitrar fiança para o crime específico de descumprimento de medida protetiva (art. 25 da Lei 14.344/22) - atinente a violência perpetrada em face deles. Não confunda o leitor alhos com bugalhos!

Já o art. 26 trouxe um crime inédito. É a sociedade colocando os olhos na pessoa do infrator, funcionando como fiscal de condutas que acarretem violência contra as crianças e os adolescentes. E, para tanto, em casos de denúncias de crimes dessa natureza, os entes federativos, deverão premiar o denunciante que irá colaborar com a justiça, com o mesmo espírito do princípio do protetor-recebedor, em seara ambiental.

Contudo, o legislador resolveu criminalizar a omissão daquele que sabe e nada faz para minorar a violência doméstica praticada em desfavor da criança e adolescente. Quem cala consente e o consentimento, aqui, revelado pelo não agir, passou a ser crime.

Logo, a ausência de comunicação à autoridade pública a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante, formas de violência de educação, correção ou disciplina ou mesmo o abandono de incapaz- irá configurar um crime omissivo próprio, cujo dever de agir, por espírito de solidariedade, emana da norma.

Assim, se Mévio Limoeiro, lenhador que é protagonista da vida real da historinha em quadrinhos de João e Maria - que foram levados para a floresta pela segunda vez pela madrastra má, dessa vez, sem o miolo de pão para demarcarem o trajeto, sendo por lá abandonados – e, disso ele presenciar ou tiver conhecimento e nada comunicar à autoridade pública, após o advento do novo diploma legal, por faltar com o seu dever legal de agir, guardando para si a ciência do crime de abandono de incapaz, incidirá nas penas do art. 26 da Lei 14.344/22. Se as crianças se ferirem gravemente na floresta (lesão corporal de natureza grave), Mévio ainda terá a sua pena aumentada de metade e, triplicada, caso venham a perder a vida, bem como terá a sua pena fixada em dobro - por ser pai (ascendente) das vítimas. É a vida imitando a arte!

Conclusão

Durante décadas o autoritarismo imperou como forma de educação e correção às crianças e aos adolescentes. A violência psicológica, por não ser detectada em exame de corpo de delito, restava invisível aos olhos da sociedade. A violência física, enxergada como castigo justo, era desprezada aos olhos da família, da sociedade e do Estado. Muitas crianças, hoje, pessoas adultas acumulam traumas de maus tratos velados, outras tantas perderam a vida para que hoje os seus gritos fossem escutados. E do encontro da comoção social com sentir legislativo brotou a Lei 14.344/22.

Que o Direito Penal não poder ser encarado como um bom pai de família - sabemos disso, mas quando não se tem nenhuma luz, qualquer luz que reluz vira ouro.

Logo, ainda que essa seja apenas uma resposta do legislador à sociedade, alinhado ao Direito Penal Simbólico, que seja, ao menos, o pontapé inicial para a efetividade daquilo que denominamos de prevenção geral negativa e, não importa se imbuído de medo da reprimenda ou de valores éticos, se o homem pensar duas vezes antes agir, já terá valido a pena a razão de ser da própria pena.

Referências Bibliográficas

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad.: Cláudia Vianna Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

SANDRO VESCOVI MOZER BARBOSA:

Bacharel em Direito²¹

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 elevou o direito de propriedade como fundamento da ordem econômica e essencial para garantir os direitos e dar garantias fundamentais. A carta constitucional instituiu o Estado Social Democrático, criando mecanismos de proteção do cidadão das arbitrariedades do sistema capitalista e programaram objetivos a serem alcançados pela ação do Estado na promoção do bem-estar social. Ante o exposto, a regularização fundiária é um instrumento importante para assegurar a função social da propriedade. No entanto, tal instituto, ainda se está longe de solucionar os problemas de habitação no Brasil quanto à Regularização Fundiária Urbana, haja vista as imensas desigualdades existentes.

Palavras-Chave: Função Social. Propriedade. Regularização fundiária.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 elevated the right of property as the foundation of the economic order and essential to guarantee the rights and give fundamental guarantees. The constitutional charter instituted the Democratic Social State, creating mechanisms to protect the citizen from the arbitrariness of the capitalist system and programmed goals to be achieved by the State's action in promoting social welfare. Given the above, land regularization is an important instrument to ensure the social function of property. However, such an institute is still far from solving the problems of housing in Brazil regarding urban land regularization, given the immense inequalities that exist.

Keywords: Social Function. Property. Land regularization.

INTRODUÇÃO

Em meio as mazelas sociais do Estado brasileiro, o déficit habitacional pode ser considerado um dos mais graves, pois a habitação se configura numa das necessidades básicas do ser humano. Por certo que a falta de moradia propicia o agravamento dos demais problemas sociais, como a educação e saúde deficitárias e propicia a desagregação familiar e a violência.

²¹ E-mail: sandrovmozer@gmail.com

Observa-se no decorrer da evolução da história que a propriedade sempre exerceu uma função econômica. Em todos os momentos da humanidade foi através da propriedade que se extraíram utilidades necessárias à sobrevivência de seus povos (DALARI, 2019).

Nota-se que com os frutos extraídos da propriedade pode a sociedade crescer, desenvolver-se impor os seus domínios uns sobre os outros, fazendo imprimir à autoridade e o poder econômico de uma nação face da outra. A normatização do instituto da regularização fundiária ainda não tem o condão de responder a todos os questionamentos conflituosos com que o Poder Público se depara quando, colimando a realização de uma política habitacional para cumprimento de seu dever constitucional de propiciar moradia digna à população, fica impossibilitado mediante os vários obstáculos apresentados no contexto fático de um projeto habitacional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade deixou de ser visto de forma unitária para ser compreendido como relação jurídica que abarca os interesses coletivos, devendo a propriedade promover a justiça social e a redistribuição de renda.

Diante do exposto, o presente estudo tem como objetivo realizar a revisão bibliográfica sobre o tema, analisando a respectiva evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa, aprofundando o estudo sobre o instituto da regularização fundiária aplicada à consecução do direito constitucional à função social da propriedade.

Aplicou-se a metodologia de pesquisa exploratória, a qual é fundamentada no estudo teórico dos diversos autores, onde se buscou subsídios para o desenvolvimento do presente trabalho. Portanto, recorreu-se à metodologia lógico-dedutiva, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a referência do instituto da regularização fundiária no contexto normativo, bem como na aplicação da regularização fundiária pelo Poder Público.

1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Na busca de um modelo que superasse o liberalismo, várias teorias foram criadas, todavia a que traduz a essência da função social da propriedade foi à teoria da humanização.

A teoria humanista conserva o direito de propriedade imóvel como uma faculdade individual, porém deverá ser utilizado conforme as diretrizes da ordem jurídica e de acordo com a ordem econômica vigente, contudo a função social da propriedade deverá ser uma meta a ser atingida pelo titular do imóvel.

José Diniz de Moraes argumenta:

A propriedade não é um direito subjetivo e há, para todo detentor de riqueza, a obrigação de empregá-la de acordo com sua finalidade, aumentando a interdependência social, visto que a propriedade é uma função social, podendo o detentor da riqueza, realizar um certo trabalho no sentido de aumentar a riqueza geral, fazendo valer o capital que possui (MORAES, 2019, p.97).

O pensador que formulou a teoria da função social da propriedade protegeu a propriedade individual, desde que ela cumpra sua finalidade socioeconômica. O poder constituído ao invocar a Lei para fazer cumprir a finalidade social não tem o desejo de apossar do patrimônio do particular, apenas busca o cumprimento da função social do bem, entendendo que a propriedade privada é elemento gerador de riqueza necessário para a promoção do desenvolvimento social.

Roberto Wagner Marquesi:

Na disputa pelos bens da vida surgem os conflitos de interesse. O estado de insatisfação reinante em uma determinada sociedade resulta do entre choque de interesse e, nesse ponto é correto afirmar que a causa determinante nos conflitos é o ideal da dignidade presente no espírito humano. O Estado cumpre o dever de tornar possível uma situação de bem estar. Quando o ordenamento jurídico protege um valor, criando institutos jurídicos como a propriedade e posse, buscando o atingimento desse bem estar, pois a norma interessa a paz social (MARQUESI, 2019, p.37).

A proteção da dignidade pessoa humana é o princípio matriz de todos direitos fundamentais e foi o alicerce que fez surgir no direito constituído à responsabilidade do Estado para estabelecer mecanismos necessários para atingir o bem comum.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição de 1988 o país ainda enfrenta graves diferenças sociais, os fins almejados pelo Estado Social ainda encontram enormes barreiras a serem superadas pelos objetivos constitucionais. Os detentores de propriedades privadas, justificando o direito de propriedade sendo como absoluto, resistem em atender ao mandamento constitucional.

Basta uma análise literal da carta constitucional para compreender que o direito da propriedade foi relativizado:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

XXIV - a Lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta Constituição.

A Constituição ao relativizar o direito de propriedade ainda conservou sua importância na permanência do sistema capitalista, ao analisar o artigo 5º da Constituição observa-se, que o citado direito foi inserido juntamente com os bens individuais mais importantes, como a vida, a liberdade e a igualdade, e também na ordem econômica foi inserido no artigo 170:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade

A carta magna trouxe consignada, as teorias doutrinárias que sucederam ao modelo liberal, harmonizando parte da teoria nacionalista que propunha um modelo de Estado intervencionista e a teoria humanista que propunha a proteção da propriedade desde que esteja cumprindo a sua função social. A carta constitucional separa a propriedade imóvel urbana e rural, portanto como subsídio para responder as premissas levantadas à análise concentra-se sobre a legislação pertinente a função social do imóvel urbano. A constituição delegou aos Municípios a responsabilidade da política urbana, estabelecendo as diretrizes necessárias para cumprir as funções sociais e o bem-estar, especificamente em seu artigo 182:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em Lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante Lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da Lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O artigo trouxe as bases necessárias para que o Município tenha amparo legal para exigir que a propriedade atenda suas funções sociais. É preciso elaborar e aprovar o plano diretor estabelecendo requisitos para mensurar se a propriedade cumpre com sua função social.

O poder constituinte no citado artigo fez a previsão de criação de Lei complementar para regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal de 1988 e seguindo a previsão constitucional e o clamor social foi criada a Lei 10.257/2001, popularmente conhecida como o Estatuto da Cidade.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, que trouxe contornos baseada em um sistema econômico capitalista frente a crescente urbanização, generalizado em toda ocupação do solo, com a marcante preocupação pela moradia digna (art. 1º III, da CF.), estabeleceu-se para as cidades uma natureza jurídica ambiental, deixando de ser observada a partir de regramento adaptados tão somente aos bens privados ou públicos, e passa a ser observada em face da estrutura do bem jurídico ambiental. Desse modo a cidade passa a ser observada em toda a sua estrutura econômica, nas suas relações de

consumo, bem como as relações sociais exigidas pelo piso vital mínimo e da demais necessidade inerente à existência da pessoa humana.

Após onze anos de tramitação o Senado aprovou O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, instrumento que passou a disciplinar no Brasil, mais que simplesmente o uso da propriedade urbana, tal instrumento disciplina também as principais diretrizes do meio artificial, fundado no equilíbrio ambiental (MOARES, 2019).

O Estatuto da Cidade traz instrumentos urbanísticos pelos quais o município poderá disciplinar a função social da cidade que será cumprida quando esta proporciona a seus habitantes todos os direitos fundamentais garantidos pelo art. 5ª da Constituição Federal. (FIORILLO 2014, p. 290).

Destaca Fiorillo que como direito a uma cidade sustentável deve ser garantido o direito a terra urbana, à moradia, o consumo, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, e a segurança. É a chamada garantia do direito à cidade sustentável, destinadas aos habitantes em decorrência de cada um dos deveres impostos ao poder público municipal e, por via de consequência, direitos assegurados aos cidadãos, tais direitos estão elencados no art. 2º, e seus incisos, são eles: I- Direito à terra urbana; II- Direito à moradia; III- Direito a infraestrutura urbana; IV- Direito ao serviço público; V- Direito ao saneamento ambiental; VI- Direito ao lazer e ao trabalho; VII- Direito à segurança.

Assevera ainda Fiorillo, que tais direitos devem ser observados como uma prestação de serviço público imposta ao poder público municipal, a ser observada em qualquer política de desenvolvimento urbano destinados a ordenar o pleno desenvolvimento das denominadas funções sociais da cidade.

Destarte que para um pleno desenvolvimento mister a intensa participação municipal, que conforme o art. 30, VIII, da constituição Federal, é atribuição dos municípios de promover o adequado ordenamento territorial, mediante o planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Cabe ressaltar que uma cidade só cumpre a sua função social quando esta possibilita a seus munícipes uma moradia digna e para que isso ocorra, cabe ao poder público proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua correta ocupação. (FIORILLO 2014, p. 291).

3 A PROBLEMÁTICA DA IRREGULARIDADE HABITACIONAL NO BRASIL

A questão da irregularidade habitacional dos grandes centros urbanos vem sendo objeto de estudo há muito no panorama histórico, sendo verificado que desde sempre as

classes operárias e pobres estão relegadas às regiões mais precárias da cidade, como também ocorre atualmente.

A cidade é construída de forma tão peculiar que se pode morar nela durante anos, entrar e sair diariamente sem entrar em contato com um bairro de trabalhadores, ou mesmo com um trabalhador. Isto se deve ao fato de que ou por um acordo tácito inconsciente, ou por uma intenção já consciente, os bairros dos trabalhadores estão rigorosamente separados das partes da cidade reservadas à classe média, ou, quando isso não acontece, estão dissimulados sobre o manto da caridade (SOUZA, 2021).

Nessa esteira, ao se afirmar que as condições de habitação das classes menos privilegiadas do século XIX se equiparam às atuais, fica claro que tanto o Poder Público, quanto o Direito Urbanístico não foram capazes, em um século, de resolver os problemas da falta de moradia ou da habitação precária (PINTO, 2019).

No panorama brasileiro, o que se vê no Brasil-colônia é a completa ausência do Poder Público para as questões de moradia social, sendo as classes mais pobres entregues ao seu próprio arranjo para a sua habitação. Isto se deve ao próprio interesse de Portugal, à época, em apenas explorar sua colônia, sem intenção de criar infraestrutura ou qualquer empreendimento que significasse despesas para o Império Português.

Dessa forma, a população pobre e livre construía, por si mesma, suas moradias e, a outra parcela pobre, que seriam os escravos, dependiam das senzalas ou das casas dos senhores para se abrigarem. Nesse sentido, Gomes, entende que:

A política habitacional tem que ser vista como uma forma encontrada pelo capital, sob a égide do Estado, de imprimir ao espaço urbano uma valorização. A ocorrência dessa política traz consigo o aumento em demasia do preço da terra e dos impostos. Desse modo, parte daqueles que lutaram por essa transformação, pela impossibilidade de pagar essas taxas, é empurrada para longe, para recomeçar a produção social da cidade em outro lugar e, mais umavez, vai propiciar a expropriação de renda que é feita por uma pequena parcela da sociedade - na qual a grande massa da população não está incluída - os incorporadores imobiliários, isto é, as empresas que, individualmente ou associadas aos proprietários de terra, devem lotear glebas para o uso habitacional, obedecendo, portanto, à legislação em vigor. No entanto nem sempre os loteamentos são efetuados por tais empresas. Em diversas ocasiões, parte da população, que fora excluída não apenas do processo de moradia, mas de diversos outros processos, produz a cidade de maneira

clandestina, sendo a autoconstrução a alternativa encontrada para suprir a demanda pela moradia (GOMES, 2003, p. 3).

Pode-se inferir, da citação, que um dos problemas da habitação, no Brasil, e possivelmente não só dela, mas de outros setores, foram e, de certa forma ainda são, os preços proibitivos dos terrenos e da construção.

Entretanto, na necessidade extrema de ter um abrigo, muitos se lançam às construções rudimentares, para dar abrigo a si ou à família e, como também não podem adquirir um terreno, ocupam, de forma inadequada, áreas mais à mão. Surgem, assim, as favelas que a pouco e pouco se agigantam em áreas irregulares de habitação, mesmo as quais oferecem, muitas vezes, riscos à integridade material e física das pessoas que ali habitam.

Algumas outras pessoas, quando podem adquirir um terreno em área regular ou mesmo em área irregular, mas, à custa de alguns sacrifícios maiores, podem arcar com o custo de material, constroem em forma de mutirão familiar.

Nesse sentido, Gomes elenca que:

A autoconstrução é um processo bastante demorado, uma vez que acontece a partir da utilização do tempo livre da família, a saber: os finais de semana e os períodos de férias. Assim, o ritmo da autoconstrução segue o ritmo do tempo livre do trabalhador, bem como a disponibilidade de dinheiro dos integrantes do grupo familiar. Normalmente, é feito um financiamento em um dos depósitos de material de construção existentes no próprio bairro. Os recursos utilizados na autoconstrução são resultantes dos extras do grupo familiar (GOMES, 2003, p. 4).

Desta forma, ainda, é que se dá no Brasil, a busca por uma moradia por grande parte da população. Porém, mais políticas habitacionais têm sido desenvolvidas pelo Estado, desde a década de 1960, ensejando, cada vez mais, que um número maior de pessoas com menor renda, tenha acesso à casa própria e que esta não seja mais uma das construções irregulares e de risco (ALVES, 2021).

População de baixa renda que tem o "jeitinho brasileiro", no momento em que o terreno foi adquirido ou ocupado chamam-se os familiares, os amigos, o pedreiro conhecido, os vizinhos, juntam-se os materiais disponíveis e, em pouco tempo, o alicerce, as paredes, o teto, estão lá para abrigar o sonho do morador."(FERRARI, 2019, p. 43)

Portanto, pode-se perceber que, no decorrer da história da habitação, no Brasil, a grande questão que ainda parece permanecer, é a população poder adquirir seu local de

moradia com mais facilidade, pois parece que as políticas de habitação teriam tal prioridade ou, pelo menos, reduzir, ao máximo, o déficit habitacional.

4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição de 1988, sob a égide do Estado Social em contraponto ao antigo Estado Liberal, eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio orientador de todo o ordenamento jurídico. Portanto, há de ser considerada a função social da propriedade como uma condicionante impositiva e involuntária ao titular do direito, como afirma Ferrari:

A Constituição de 1988, ao disciplinar os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, declarou, expressamente, no art. 5º, XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social, determinando que está destinada a esta missão, independentemente da vontade de seu titular, o que, segundo Caramuru Afonso Francisco, quer dizer que o direito de propriedade só é intocável diante do Estado, se cumprir o bem da comunidade. “Em verdade, a propriedade assume uma dimensão pública, tendo o proprietário o dever de usar a coisa no interesse da comunidade (FERRARI, 2019, p.46) .

Entende-se que, quando se trata do meio ambiente urbano, a função social da propriedade deve obedecer às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no Plano Diretor (artigo 182, § 2º da Constituição Federal de 1988). Este, por sua vez, deve priorizar a defesa do meio ambiente, visto que o município tem competência constitucional para protegê-lo e também consoante prevê a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades), nos artigos 39 e 2º, está presente a premissa da função social da propriedade imobiliária urbana, e no artigo 5º da mesma lei estão sedimentados os instrumentos de concreção para a efetivação da função social.

Importante lembrar que a moradia já vinha prevista na Constituição como dever do Estado, na forma de promoção de Programas Habitacionais, nos termos do artigo 23, inciso IX. Porém, com a alteração dada pela EC26/2000, a questão da moradia social enquanto dever estatal expresso na Carta Magna ganha contornos de maior eficácia e facilita a exigência pela população desse dever estatal (MARÉS, 2021).

Portanto, mediante tantas alterações na nova conformação do direito de propriedade e a elevação da moradia como direito social expresso na Constituição, somados à demanda sempre pungente por habitação nos grandes centros, fez-se necessária a criação de uma nova ordem urbanística, que originou o Estatuto da Cidade.

Do ponto de vista jurídico, existem duas acepções quanto ao direito de propriedade. Num sentido amplo, este recai sobre coisas corpóreas como incorpóreas. Quando recai exclusivamente sobre coisas corpóreas, recebe a denominação peculiar de domínio. Conforme nos ensina o autor supracitado, “a noção de propriedade mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio” (MARÉS, 2021, p. 54).

Novamente, a Constituição de 1988 vem redefinir conceitos ao constitucionalizar o direito urbanístico. Importante ressaltar a lição de Carlos Ari Sunfeld: “Deveu-se, portanto, à Constituição, e não a qualquer texto legislativo, a definitiva positivação, no Brasil, do paradigma do direito urbanístico”. Mesmo assim, diversos impasses ainda travaram a passagem do direito urbanístico para a vida adulta (SUNDFELD, 2019, p. 44).

O Estatuto da Cidade surgiu então em 2001, para dar efetividade à política urbana prevista genericamente na Constituição de 1988, pois regulamentou os artigos 182 e 183.

A regularização fundiária vem assim prevista na Lei 10.257/2001:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

A preocupação social está novamente explícita na norma jurídica, porque afinal são as classes menos favorecidas que reclamam do Estado políticas públicas para tentar minimizar a desigualdade social. O Estatuto da Cidade, nesse ponto, é um agente transformador da ideia de irregularidade urbanística, conforme ensina Carlos Ari Sunfeld:

A exigência de um ordenamento que conduza à regularização fundiária e urbanística das ocupações populares existentes introduz um condicionante novo e transformador bem nosso direito urbanístico. Até então a incompatibilidade entre as ocupações populares e a ordem urbanística ideal tinha como consequência a ilegalidade daquelas (sendo a superação desse estado um dever dos responsáveis pela irregularidade – isto é, dos próprios ocupantes. Com o Estatuto a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real. Desse modo, o

descompasso em ter a situação efetiva das ocupações populares e a regulação urbanística terá como consequência a ilegalidade desta última, e não o contrário (SUNDFELD, 2019, p. 51).

Novamente, a Constituição de 1988 vem redefinir conceitos ao constitucionalizar o direito urbanístico. Importante ressaltar a lição de Carlos Ari Sundfeld: “Deveu-se, portanto, à Constituição, e não a qualquer texto legislativo, a definitiva positivação, no Brasil, do paradigma do direito urbanístico. Mesmo assim, diversos impasses ainda travaram a passagem do direito urbanístico para a vida adulta (MARÉS, 2021).

Coube à nova lei enfrentar o desafio de consolidá-lo (fixando conceitos e regulamentando instrumentos), de lhe conferir articulação, tanto interna (estabelecendo os vínculos entre os diversos instrumentos urbanísticos) como externa (fazendo a conexão de suas disposições com as de outros sistemas normativos, como as do direito imobiliário e registral), e, desse modo, viabilizar sua operação sistemática.

A regularização fundiária vem assim prevista na Lei 10.257/2001:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

O artigo 2º, da Lei 6.766/79, além de definir o desmembramento, prevê certos procedimentos que visam preservar alguns aspectos, e outros que visam melhorar a infraestrutura da área.

§ 2º - considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano

diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.(Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

§ 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 6º A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

I - vias de circulação; (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

II - escoamento das águas pluviais; (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

III - rede para o abastecimento de água potável; e(Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.99)

IV- soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.(Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

Pode o município regularizar as áreas consideradas irregulares, procedendo aos encaminhamentos, nos termos previstos a partir do artigo 40 da Lei 6.766/79, desde que haja previsão, pelo município, para a criação de Zonas de Interesse Social, as quais foram admitidas pela Lei 9.785/99. Estas Zonas de Interesse Social, em muitos municípios são tratadas como Loteamentos Populares. Além disso, para tornar possível a efetivação das regularizações, devem ainda, nos termos da lei, serem ouvidas as populações interessadas e observadas, rigorosamente, as leis orçamentárias, as quais deverão prever os investimentos que o município aplicará e o montante que envolverá o processo em sua totalidade (DALARI, 2019).

Em termos gerais, Regularização fundiária, é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídicos, físico e social, que objetiva a permanência das populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária (ALFONSIN, 2019 p.268).

A autora analisa tal conceito como um processo de intervenção pública, significando que a Regularização Fundiária, demanda uma política governamental que

tenha metas, estratégias e sustentação, com o objetivo de criar condições para que o poder público municipal exerça seu dever constitucional de garantir o cumprimento integral da função social da cidade e da propriedade urbana. Segundo Alfonsin (2019, p.268). entender este instituto como regularização jurídica, física e social é reafirmar o caráter multidisciplinar e interdisciplinar da questão). Ao desconsiderar qualquer uma de suas interconexões é correr o risco de fracasso. A regularização jurídica das áreas é imperativa, pois expressa a importância da segurança individual da posse para os ocupantes.

Sem a titulação jurídica perpetuando a insegurança da posse e negando o direito de mora dos ocupantes, faz o processo incompleto, e todo o redesenho da circulação, tamanho dos lotes, alocação de casas precárias ou em situação de área de risco ou de preservação ambiental perderia seu objetivo. Que é a integração desses espaços à cidade.

Assim, a Lei Federal nº 11.977/2009 definiu dois tipos básicos de Regularização Fundiária para dar conta dessas situações: Regularização Fundiária de Interesse Social, e Regularização Fundiária de Interesse Específico.

Desse modo, a regularização fundiária de interesse social aplica-se aos assentamentos ocupados predominantemente por população de baixa renda, nas situações em que exista o reconhecimento legal ou administrativo do direito à moradia.

Segundo Betânia Alfonsin:

tal instrumento é voltado para intervenção em áreas de ocupação já consolidada (Área urbana consolidada é A parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: drenagem de águas pluviais urbanas; esgotamento sanitário; abastecimento de água potável; distribuição de energia elétrica; limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos), onde não haja oposição do proprietário do imóvel. Como a demarcação urbanística só pode ser aplicada nos casos de regularização fundiária de interesse social, a área deve ser ocupada predominantemente por população de baixa renda e atender a pelo menos um dos requisitos exigidos para essa modalidade de regularização, conforme está disposto na lei nº 11.977/09 (ALFONSIN, 2019, p. 190).

A demarcação urbanística pode ser feita somente pelo poder público, ou seja, pela União, pelos estados, pelos municípios e pelo Distrito Federal, incluindo seus órgãos delegados da administração indireta (DALARI, 2019).

Nos casos de terras particulares, a demarcação urbanística pode se dar por qualquer um desses entes. Nos casos de áreas públicas, cada ente fará a demarcação de seu respectivo domínio. A Legitimação de posse é também é um instrumento voltado para o reconhecimento da posse de moradores das áreas objeto de demarcação urbanística. Trata-se da identificação pelo poder público de uma situação de fato, que é a posse mansa e pacífica de uma área, por pessoas que não possuem título de propriedade ou de concessão e que não sejam foreiras de outro imóvel urbano ou rural. (ALFONSIN, 2019, p.192).

Uma das finalidades da legitimação, segundo Betânia (ALFONSIN, 1997, p 194), é dar publicidade às posses identificadas e qualificadas, por meio da confecção de um título pelo poder público, em nome do morador, e de seu registro no cartório de registro de imóveis.

Quando a legitimação de posse é realizada em áreas privadas, ocorre a possibilidade da aquisição da propriedade por meio da usucapião administrativa. Em relação a áreas públicas, pode-se facilitar a instrução de pedidos de concessão de uso para fins de moradia ou de outros instrumentos definidos pelo titular de domínio da área. (SILVA, 2019).

Como o título de legitimação de posse não reconhece um direito real, sua utilização em áreas públicas é conveniente apenas nos casos em que o ente promotor da ação não seja o proprietário do imóvel, pois caso o procedimento seja realizado pelo proprietário a legitimação de posse torna-se desnecessária, já que existem outros instrumentos viáveis para fazer a transferência de direito real ao possuidor, de imediato, tais como a Concessão de Uso Especial de Moradia, a Concessão de Direito Real de Uso, e doação.

Um dos maiores destaques da Lei nº 11.977/2009, é a possibilidade de promover, por decisão fundamentada, a regularização fundiária em áreas de preservação permanente, assim definidas pelo Código Florestal, Lei Federal nº 4.771/1965. Essa possibilidade é adstrita à regularização fundiária de interesse social e somente pode ser acolhida nos casos em que: a ocupação tiver ocorrido em data anterior a 31 de dezembro de 2007; o assentamento deve estar implantado em área urbana consolidada através de estudo técnico realizado por profissional legalmente habilitado comprovando que as intervenções programadas aludirão melhoria das condições ambientais relativamente à situação de ocupação irregular anterior, e estar vinculado ao projeto de regularização fundiária.

Deve-se também, entre outras medidas, caracterizar a situação ambiental da área a ser regularizada; estar devidamente especificado os sistemas de saneamento básico; Devem-se propor intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações e

estabelecer formas de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização. (DALARI, 2019).

A regularização fundiária de interesse específico é toda aquela área em que não está caracterizado o interesse social, nos termos da Lei nº 11.977/2009. Como tal, não se pode utilizar dos mesmos instrumentos e mecanismos definidos especificamente para os casos de regularização fundiária de interesse social, como a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a regularização fundiária em áreas de preservação permanente (CARVALHO, 2021).

A regularização fundiária de interesse específico requer a elaboração do projeto de regularização, na forma definida no artigo 51 da Lei nº 11.977/2009, que deve ser aprovado pelas autoridades competentes e deve observar as restrições à ocupação de áreas de preservação permanente. (MORAES, 2019).

Desse modo, a implantação do sistema viário, da infraestrutura básica e dos equipamentos comunitários definidos no projeto poderá ser compartilhada, inclusive entre os beneficiários, cabendo às autoridades responsáveis pelas licenças urbanística e ambiental definir as responsabilidades.

Desse modo, as autoridades poderão exigir contrapartidas e compensações, que deverão ser previstas no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor e integrar, no caso concreto, termo de compromisso firmado perante as autoridades responsáveis pelo licenciamento, com forma de título executivo extrajudicial.

Com isso, busca-se assegurar a função social da propriedade. Isso porque a propriedade foi protegida por todo o ordenamento jurídico Brasileiro, deve-se observar que, como Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos e o princípio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de restringir os abusos e impedir que o exercício do direito a propriedade acarrete prejuízos ao bem-estar social, o legislador condicionou tal direito a uma função social.

Segundo Nelson Rosenthal (2012, p.307), a noção de função social se traduz pela sua expressão que significa cumprir algo ou desempenhar um dever ou utilidade. Leciona Maria Helena Diniz (2019, p.107), que a função social da propriedade é imprescindível para que se tenha um mínimo de condições de convivência social.

Assim sendo, a função social da propriedade não vincula somente a propriedade de um bem, vincula também todo o reclamo da justiça social, visto que é exercido em favor de toda coletividade. Desse modo observa-se que a função social da propriedade se

efetiva, como um instrumento de equilíbrio da atividade econômica e também para punir o proprietário que a utiliza sem atender ao interesse social.

Contudo, é sabido que nem tudo que não é proibido é permitido, pois entre o proibido e o permitido, se assenta o abusivo. E tal ato é tão ilícito quanto o ato proibido (art. 181, cc).

Esclarece Nelson Rosenvald (2012, p.317), que a função social da propriedade não se confunde com as limitações ao direito de propriedade imposta pelo ordenamento jurídico. As restrições ao direito de propriedade são normas emanadas de direitos de vizinhança (art. 1.277 do CC) e direito administrativo (por exemplo, desapropriação, requisição).

Ainda segundo o autor referidas compreensões ao exercício das faculdades do domínio emanam de imposições que objetivam evitar o exercício anormal do direito de propriedade e possuem conteúdo negativo no sentido de sacrificar a sua extensão, ao impedir que proprietários possam prejudicar direitos de outros proprietários ou interesses urbanísticos. Portanto, cuida-se de obrigações de não fazer que priorizem interesses opostos aos do proprietário, limites negativos e externos ao direito de propriedade (DALARI, 2019).

Considerando a regularização fundiária, observa-se que a função social consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns. Quando ocorrer regularização de área verde ocupada, serão aplicados os procedimentos que equivalem às propriedades particulares, com a peculiaridade que o então detentor ilegal da terra, terá a concessão, que será emitida pela Prefeitura, sem ônus para o detentor, o que o fará legítimo proprietário do imóvel em questão. O título de uso especial terá registro no Registro de Imóveis (MARÉ,S 2014).

Ainda, mesmo na atualidade, parece haver problemas não solucionados, principalmente no que tange à burocracia, tanto no que se refere à questão da regularização dos imóveis urbanos irregulares, quanto na questão da aquisição da casa própria, através do Plano Habitacional antes citado, como se pode notar em reportagem do Correio Brasiliense, em edição de setembro de 2010. Não obstante problemas de outras ordens, ainda há a questão da especulação, como se pode perceber na referida reportagem (CORREIO BRASILIENSE, 2010).

Porém o esforço do Poder Público para a consecução desse Programa Habitacional foi além da normatização já existente, com a promulgação da Lei nº 11.977, de 09 de julho de 2.009. Em que pese a existência dos problemas antes mencionados, são projetos que buscam, de alguma forma, dar à população de baixa renda, oportunidade de regularizar o

imóvel que habitam ou de adquirir, de forma também regular e legal, o imóvel que ainda não possuem, dando mais um passo em direção a uma vida digna, a qual é direito fundamental de qualquer cidadão.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, ressalta-se que preocupação social está novamente explícita na norma jurídica, porque afinal são as classes menos favorecidas que reclamam do Estado políticas públicas para tentar minimizar a desigualdade social garantido moradia e dignidade às pessoas, por intermédio da função social da propriedade.

Existe, no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de diversas ações jurídicas e urbanísticas, objetivando regularizar os loteamentos irregulares, e provê-los dos recursos, não só os essenciais, como redes de água e esgoto, iluminação, vias de acesso, dentre outros, mas adequá-los ao Plano Diretor municipal, tornando estas áreas dignamente habitáveis e com aparência urbanística que denote esta dignidade e, portanto, ofereça, aos moradores, melhor qualidade habitacional.

Sob o aspecto jurídico, os procedimentos visam proporcionar ao cidadão a segurança de ter sua habitação, terreno e áreas adjacentes, totalmente regularizada e usufruir o direito total sobre o seu lote. A regularização procura solver problemas como área irregular no registro imobiliário; demora no processo de aprovação; Legislação inflexível entre outras; Falta de fiscalização dos municípios, e, por fim, os loteadores inescrupulosos.

De todo o estudado, frisa-se que, por óbvio, ainda se está longe de solucionar os problemas de habitação no Brasil quanto à Regularização Fundiária Urbana, apesar das falhas que ainda possa carregar, tem sido um instrumento de desenvolvimento social, pois tem proporcionado, não só a regularização propriamente dita, como tem proporcionado melhores condições de vida a milhares de famílias pelo país inteiro.

Sugere-se, então, que outros pesquisadores busquem mais aprofundamento na questão, contribuindo, assim, para a ampliação da discussão acadêmica do tema e com sugestões que possibilitem mais material de estudo e contribuam, também, no sentido de difundir a ideia de que o estudo das condições habitacionais em nosso país podem ser melhoradas cada vez mais, não só através de programas do governo, criando políticas para o setor, mas pela conscientização de que o cidadão, para que seja um membro efetivamente contribuinte da sociedade em que vive, deve ele, antes, viver com dignidade. E a moradia digna é um dos fatores que contribuem para isto.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Regularização fundiária**. Rio de Janeiro: IPPUR, 2019.

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. **Terra de Direitos – organização de direitos humanos (PR)**. In: Regularização Fundiária Urbana no Brasil. Brasília: Ministério das Cidades, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 19 de abril de 2022.

CARVALHO, Victor. **Direito urbanístico**. São Paulo: Atlas, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Direito municipal**. 2. ed.. São Paulo: RT, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GOMES, Rita de Cássia da Conceição; SILVA, Anieres Barbosa; SILVA, Valdenildo Pedro. **Política habitacional e urbanização no Brasil**. Depósito Legal: B. 21.741-98 Vol. VII, num. 146(083), 1 de agosto de 2003. Disponível em <http://www.ub.es>. Acesso em 29 de abril de 2022.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2015.

ORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2019.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico e ambiental**. São Paulo: RT, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais (art. 2º). In: **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)**. org. por Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2019.

O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO ATRIBUÍDO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

GRAZIELA MITSUE UEMOTO MACIEL MARTINS:

graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP e mestranda do núcleo de pesquisa em Direito Constitucional e Processual Tributário na PUC/SP.²²

ROBERTA VIEIRA GEMENTE DE CARVALHO^[1]

(coautora)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo verificar a análise sistêmica da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) que, sob à luz da Constituição Federal de 1988, autoriza a concessão de efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal e afasta a aplicação da disposição contida no art. 919, §1º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Por meio do exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência, almeja-se demonstrar que a aplicação da lei específica deverá prevalecer sobre a norma geral e que, a hipótese da concessão do efeito suspensivo automático aos embargos traduz melhor a ideia do devido processo legal, da segurança jurídica e de paridade de armas entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Embargos à execução fiscal. Efeito suspensivo automático. Especialidade da Lei de Execuções Fiscais. Interpretação.

INTRODUÇÃO

Diferentemente do que ocorreu em outros ramos do Direito, como na seara trabalhista, na penal ou na civil, não há um código que trate de forma consolidada sobre o processo tributário. O que há são legislações esparsas que preveem e regulamentam as ações de iniciativa do Estado e do contribuinte^[2].

A respeito das ações que podem ser aviadas pelos contribuintes como, por exemplo, a ação declaratória de relação jurídico-tributária, a ação de repetição de indébito, a ação anulatória de débito fiscal, a ação de consignação em pagamento, desde a vigência do

²²Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, especialmente em contencioso administrativo e judicial, assim como em processo civil. Atualmente, é advogada no escritório Mauler Advogados. E-mail: grazimitsue@gmail.com

Código de Processo Civil anterior (1973), todas elas têm o mesmo rito processual estabelecido e aplicado às ações de conhecimento em geral. O mandado de segurança, como remédio constitucional que é, tem tratamento diverso, está previsto no art. 5º, LXIX e é regulamentado pela Lei nº 12.016/2009. Os embargos à execução fiscal, porque também se trata de ação, por meio da qual o contribuinte exerce o seu direito de defesa contra o Fisco, estão previstos no art. 16, da Lei nº 6.830/80.

As ações de iniciativa do Fisco também estão previstas e são regulamentadas em legislação esparsa. A ação cautelar fiscal foi instituída pela Lei nº 8.397/92 e é instrumento prévio ao ajuizamento da execução fiscal, para o fim de tornar indisponíveis os bens do contribuinte. A execução fiscal, por sua vez, na qualidade de instrumento hábil a viabilizar a cobrança dos créditos tributários ou não pela Fazenda Pública, está prevista e vem regulamentada pela Lei nº 6.830/80.

Em razão dos diversos diplomas que tratam do Direito Processual Tributário, há reiteradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre como relacionar os seus diversos aspectos.

Especialmente no que concerne ao efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, há quem sustente que em razão da inexistência de disposição expressa da Lei nº 6.830/80, seria aplicável à hipótese as disposições contidas no art. 919, §1º, do Código de Processo Civil, no sentido de que o efeito suspensivo aos embargos dependerá da análise do magistrado quanto à garantia ofertada e do preenchimento dos requisitos indispensáveis à concessão de tutela antecipada: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Tal conclusão, contudo, poderá reverberar em consequências relevantes à saúde financeira do contribuinte, uma vez que, apesar de garantir o Juízo, sem a concessão do efeito suspensivo à execução fiscal, poderá a Fazenda Pública aproveitar-se sumariamente dos bens oferecidos em garantia, que somente poderão ser revistos pelo sujeito passivo após o trânsito em julgado da sentença favorável dos embargos, pela morosa e irregular via dos precatórios.

Isso sem falar nos impactos incidentes em todo o sistema jurídico-tributário, diante do inequívoco amesquinamento de princípios como o da inafastabilidade do controle judicial, o do contraditório e da ampla defesa e o do direito à jurisdição, em favor do interesse meramente arrecadatário da Fazenda Pública.

Portanto, por meio do presente estudo, objetiva-se analisar a extensão e a aplicabilidade das disposições gerais contidas no Código de Processo Civil ao procedimento especial da execução fiscal, submetido à sistemática da Lei nº 6.830/80 (LEF).

O CONTEXTO LEGISLATIVO

A execução fiscal como meio viabilizador de cobrança de créditos tributários ou não tributários pela Fazenda Pública está prevista e é regulamentada pela Lei nº 6.830/80. A exigência consubstancia-se na certidão de inscrição em dívida ativa, título executivo extrajudicial, que promove certeza e liquidez à exigência. Não se pretende com a execução fiscal a constituição e nem a declaração do direito do Fisco, mas apenas a sua efetivação (MACHADO, 2014, p. 479).

Isso porque, diferentemente do que ocorre com as obrigações contratuais regidas pelo direito privado, a obrigação tributária é ato unilateral que decorre de disposição legal, nascida da simples ocorrência do fato gerador, sendo dispensável nessa hipótese a manifestação de vontade do contribuinte, que poderá adimplir voluntariamente a obrigação ou ter contra si o lançamento da dívida. (SANTIAGO; BREYNER, 2009, p. 72).

Portanto, quando ajuizada a execução fiscal, há contra o contribuinte pelo menos dois atos administrativos dotados de presunção e legitimidade: o lançamento e a inscrição do débito em dívida ativa.

Conforme observa James Marins (2005, p. 199), a atividade de lançamento está intimamente relacionada com o exercício de fiscalização e de aplicação de penalidades desempenhadas pelo Estado, revelando-se nesse momento a etapa litigiosa da relação jurídica tributária. Segundo o autor (2005, p. 625):

A autotutela da Administração Tributária encerra-se com a formação do título executivo extrajudicial, que se procede através da inscrição do crédito tributário definitivamente lançado e não pago (*pretesa insoddisfatta*), incorporando a denominada Certidão de Dívida Ativa – CDA que aparelhará a execução fiscal.

A presunção de legitimidade é um dos atributos que recaem desde a origem da edição dos atos administrativos, o que significa dizer que os fatos suscitados pela Administração Pública são reputados verdadeiros e que guardam consonância com a Lei, mas admitem prova em contrário. Cuida-se, portanto, de presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário, que deverá ser providenciada pelo interessado.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, aviada a execução fiscal, não vislumbra o Fisco que se decida sobre o seu direito de crédito, mas apenas que sejam adotadas providências para compelir o contribuinte ao pagamento de um crédito, cuja certeza e liquidez dão respaldo à própria exigência (2014, p. 479).

Não se trata, pois, de mera execução, daí o porquê de ser tratada por lei específica, em prejuízo da aplicação do Código de Processo Civil. Cuida-se da execução do Fisco, de instrumento de efetivação do interesse público colocado à disposição da Fazenda Pública, dotado de prerrogativas e garantias em face do contribuinte, que poderá refutar a certeza e liquidez do título executivo por meio dos mecanismos de defesa a ele disponibilizados, sendo os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade as vias naturais à efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A exceção de pré-executividade é via de defesa incidental, resultado de construção doutrinária e jurisprudencial, que visa a proteção do contribuinte diante de eventuais exigências arbitrárias e ilegais do Estado.

Acaso a matéria de defesa verse sobre matéria de ordem pública ou a respeito das nulidades em geral que prejudiquem o contribuinte e, por conseguinte, sejam suscetíveis de conhecimento de ofício pelo juiz, poderá o sujeito passivo da execução fiscal aviar a exceção de pré-executividade, sem que seja necessário a garantia do juízo.

Outra exigência para a eleição da exceção de pré-executividade como meio de defesa do contribuinte é a de que a prova deve ser pré-constituída, porque enquanto incidente processual que é, inexistente a possibilidade de se requerer a dilação probatória dentro da execução fiscal que destina-se à satisfação do crédito tributário constituído pela Fazenda Pública.

Nas palavras de James Marins (2005, p. 666-669):

Fruto de construção doutrinária, ainda que já conhecida em nossa sistemática jurídica de longa data, surge em nosso ordenamento jurídico a figura da exceção de pré-executividade, como meio de defesa prévia do executado. [...]

A exceção de pré-executividade busca discutir a própria legitimidade da execução, seja por questionar os requisitos da execução, seja por questionar a validade do título. Note-se que a matéria atinente à legitimidade da execução pode, e deve, ser conhecida de ofício pelo juiz da causa, por ser de ordem pública e cogente e seu reconhecimento independe de dilação probatória.

No mesmo sentido, o posicionamento de Eduardo Arruda Alvim (2000, p. 51):

Parece-nos que referidos preceitos, exatamente porque tratam do caráter relativo da presunção de certeza e liquidez de que se reveste a dívida ativa regularmente inscrita, antes de afastar o cabimento da objeção de pré-executividade, o reafirmam. Desde que se admita o

espectro das matérias alegáveis pela via da objeção de pré-executividade é moldado pela fronteira da desnecessidade de dilação probatória, não há qualquer incompatibilidade entre a execução fiscal e a objeção de pré-executividade.

Pois bem. Instaurada a cobrança judicial do crédito tributário pela via da execução fiscal e não restando configuradas as hipóteses autorizadas à apresentação da exceção de pré-executividade e querendo o sujeito passivo discutir a exigência, estabelece o art. 8º, da Lei nº 6.830/80, que deverá o executado nomear bens à penhora, no prazo de 05 dias.

Garantido o juízo, será aberta ao sujeito passivo da execução a via dos embargos à execução fiscal, oportunidade em que o contribuinte deverá deduzir toda a matéria de defesa dentro do prazo de 30 dias, cujo termo inicial irá variar de acordo com a garantia oferecida. É ver:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.^[3]

Recebidos os embargos à execução fiscal, a Fazenda Pública será intimada para se manifestar no prazo de 30 dias (art. 17, da LEF). Não oferecida defesa pelo sujeito passivo, o Fisco será intimado para se manifestar acerca da garantia da execução (art. 18, da LEF) e, acaso a garantia seja oferecida por terceiro, será intimado para remir o bem ou pagar a

dívida, na hipótese de não serem apresentados embargos ou então serem rejeitados (art. 19, da LEF). A aludida lei ordinária, por sua vez, não faz referência expressa quanto aos efeitos do recebimento dos embargos, se suspendem a execução fiscal ou não.

Nesse aspecto, pela análise sistemática dos dispositivos legais da Lei nº 6.830/80 em conjunto com o que dispunha o art. 739, §1º, do CPC/73, incluído pela Lei nº 8.953/1994, havia o entendimento bastante consolidado no sentido de que a oposição dos embargos à execução fiscal sempre suspendia o trâmite da execução fiscal.

Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando apresentados fora do prazo legal;

II - quando não se fundarem em algum dos fatos mencionados no art. 741;

III - nos casos previstos no art. 295.

§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.
[...][4]

O cenário foi alterado com o advento da Lei nº 11.382/2006, que revogou o que dispunha o §1º do art. 739 e acrescentou o art. 739-A e seus parágrafos ao CPC/73, que passou a assim dispor:

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.[5]

Da leitura dos dispositivos legais descritos acima (art. 739-A e §1º, do CPC/73), diversos juízes e Tribunais passaram a afastar a aplicação automática do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, que passou a estar condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: o requerimento do embargante, os argumentos deduzidos serem relevantes, a existência de dano grave, de difícil ou de incerta reparação e que a execução esteja garantida.

Vale ressaltar que, a referida alteração legislativa, implementada pela Lei nº 11.382/2006, estava restrita aos processos de execução, regidos pelo Código de Processo Civil, conforme importante observação de Hugo de Brito Machado (2008, p. 51):

A Lei nº 11.382/06, por seu turno, porta ementa a dizer que “altera dispositivos da Lei nº 5.869/ de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos”. Os arts. 738 e 739-A do Código de Processo Civil estão inseridos no processo de execução. Não cuidam de outros assuntos. Consubstanciam alterações no Código de Processo Civil, cuja aplicação, ou não, ao processo de execução fiscal obedece ao critério aplicável quando se questiona a aplicação do próprio código. Não alteram a lei de execução fiscal, mas com esta convivem.

Assim, não obstante seja a Lei nº 11.382/06 uma lei ordinária federal que poderia, como tal, alterar a lei de execuções fiscais, certo que não o fez. Inseriu-se no âmbito do Código de Processo Civil, que se aplica às execuções fiscais apenas subsidiariamente.

Após diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o STJ fixou entendimento em sede de repetitivos, no julgamento do REsp nº 1.272.827/PE, de que o disposto no CPC/73 seria aplicável às execuções fiscais, de modo que a concessão do efeito suspensivo dependeria da observância dos requisitos dispostos no art. 739-A, §1º, do CPC/73. Eis o que consignou o Min. Mauro Campbell Marques em seu voto:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia;

verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se

faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rei. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.272.827/PE, Tema Repetitivo nº 526, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 31.05.2013) – grifos nossos.

Embora tenha o STJ sedimentado o entendimento sobre a matéria no sentido de que a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal não seja automática e que exige-se autorização judicial, a questão demanda análise mais apurada à luz da Constituição Federal.

Com razão alertam Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2008, p. 62) que *“a aplicação direta do art. 739-A do CPC à execução fiscal*

implica desprezo à lógica da evolução pela qual tem passado o Código, bem como à evolução específica do processo tributário. E isso pode levar a grave desequilíbrio entre o direito das partes no processo de execução fiscal.”

Apesar da revogação do CPC/73, o conteúdo do art. 739-A, §1º, do CPC/73 foi basicamente reproduzido no art. 919, §1º do Novo Código de Processo Civil (CPC/15). Portanto, mesmo estando o débito garantido pelo sujeito passivo da execução fiscal, a concessão do efeito suspensivo dos embargos dependerá do convencimento do magistrado quanto ao preenchimento das exigências descritas pela norma geral de processo civil.

Tal entendimento, contudo, nega ao sujeito passivo da execução fiscal o direito à jurisdição efetiva e faz tábula rasa dos direitos e princípios consagrados na Constituição Federal e absorvidos no CPC/15, como o do devido processo legal, o da segurança jurídica e o de paridade de armas entre as partes.

A APARENTE ANTINOMIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Conforme disposição contida no 919, §1º, do CPC/15, aprovado pela Lei nº 13.105/15, a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução dependerá de expressa autorização judicial, caso preenchidos os requisitos descritos a seguir:

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º. O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.^[6]

A Lei nº 6.830/80, por sua vez, não realiza tal exigência, donde as diversas decisões jurisprudenciais e discussões doutrinárias acerca da (in)aplicabilidade da disposição do Código de Processo Civil às relações jurídicas processuais tributárias. Resta saber, portanto, como conciliar esse complexo sistema jurídico de normas vigentes e válidas.

Conforme importante observação de Rodrigo Dalcin Rodrigues (2008, p. 78), a Lei nº 6.830/80, enquanto lei especial, foi editada exclusivamente para a regulamentação do processo de execução fiscal, para reger as relações jurídicas processuais entre as pessoas jurídicas de direito público, na execução de seus créditos. A especialidade desse procedimento decorre tanto das partes envolvidas quanto da natureza do crédito executado, donde a aplicação das disposições do Código de Processo Civil às relações jurídicas processuais relacionadas à execução de créditos de maneira geral.

Nesse contexto, observa Hugo de Brito Machado (2008, p. 51) que diante da especialidade da Lei nº 6.830/80, isto é, excepcional em relação do Código de Processo Civil, que é norma geral em relação àquela, inexistem dúvidas sobre a prevalência da Lei das Execuções Fiscais sobre o Código de Processo Civil, na hipótese de alguma incompatibilidade.

Portanto, ainda que se considere que a vigência posterior do Código de Processo Civil, por expressa disposição do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB), a nova norma jurídica de caráter geral não possui o condão de revogar a lei especial anterior, nesse caso destinada a reger a execução das dívidas tributárias e não tributárias do interesse da Fazenda Pública.

Nesse aspecto, esclarece Hugo de Brito Machado (2014, p. 480) que:

Para bem entendermos essa questão basta a releitura do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que corporifica um critério universal de superação das antinomias no ordenamento jurídico, a dizer que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Ainda, a Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e consolidação das leis, ressalta em seu art. 3º, III[7], no art. 9º[8] e no art. 12[9], II e III, que para o fim de se revogar norma jurídica anterior, a nova lei deverá fazê-lo de maneira expressa, o que evidentemente não ocorreu na hipótese.

Ainda que assim não fosse, conforme lição de Maria Helena Diniz (2004, p. 81), o princípio da justiça deve ser o critério dos critérios para se solucionar um conflito normativo. Evidentemente, que a ausência de efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal poderá trazer ao contribuinte prejuízos irreparáveis, amesquinhando-se os objetivos fundamentais da Constituição Federal[10]. É ver:

Num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis.

Há que se ressaltar, que art. 1º[11], da Lei nº 6.830/80, expressamente admite a aplicação subsidiária das normas do CPC, nas hipóteses de lacuna ou de omissão legal sobre como reger pontualmente a relação processual tributária.

Não obstante, o fato de a Lei nº 6.830/80 não conter dispositivo legal que determine de forma expressa a suspensão da execução, não significa dizer que a norma jurídica seja lacunosa. Isso porque, com base nos ensinamentos de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 219), *“a incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica”* configurará a lacuna da lei, conforme definição trazida por Engisch.

O Direito como resultado da criação humana constantemente passa por diversas modificações. Ainda assim, diante do dinamismo das relações sociais, a norma jurídica não detém meios de qualificar todos os comportamentos. Cuida-se, portanto, o Direito de um sistema normativo naturalmente lacunoso (FERRAZ JR., 2007, p. 218).

Nesse aspecto, observa Carlos Maximiliano (2011, p. 20) que:

A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa n passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. Não se trata apenas dos tempos imediatamente posteriores à lei, quando é menos difícil estudar e compreender o meio, o ambiente em que foi o texto elaborado, as ideias dominantes, as divisões das assembleias, as vitórias parciais de um grupo, as transigências da maioria com este ou aquele pendor dos contrários. A tarefa, nesse caso, seria ainda mais pesada, porém em grande parte realizável. Entretanto a letra perdura e a vida continua; surgem novas ideias, aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrente imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado [...]. Força é adaptar o Direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo.

A conclusão que se chega, portanto, é a de que nem tudo que seja incompleto também deverá ser insatisfatório (FERRAZ JR., 2007, p. 219). A interpretação sistemática dos dispositivos legais de determinada norma jurídica pode satisfatoriamente conduzir à vontade do legislador quando da sua edição, sem que seja necessário ao intérprete socorrer-se dos instrumentos de superação de antinomias das normas jurídicas.

Nesse aspecto, chama atenção a observação trazida por Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 220) quanto à classificação dos tipos de lacuna reportados a Zitelmann. Ressalta

o autor que, se a Lei proporciona subsídios ao intérprete para extrair a finalidade da norma jurídica, ainda que a disposição não esteja expressamente contida em seu texto legal, inexistirá lacuna autêntica, mas sim uma “lacuna crítica” ou “lacuna de política”, porque nesse caso a inaplicabilidade da vontade do legislador se justificará em razão do seu resultado indesejável aos fins pretendidos pelo intérprete. É ver:

[...] Falamos aqui em lacunas autênticas e não autênticas (exte und unechte). Uma lacuna autêntica ocorre quando a lei não permite uma resposta, quando a partir dela uma decisão não pode ser encontrada. Uma lacuna não autêntica, por seu lado, dá-se quando o fato-tipo (Tatbestand) é previsto pela lei, mas a solução é considerada como indesejável. A doutrina costuma aceitar como lacuna propriamente dita apenas a da primeira espécie (de lege lata), sendo a segunda considerada uma lacuna crítica ou de política jurídica (de lege ferenda).

Dispõe o art. 19, da Lei nº 6.830/80 que, no caso de a garantia ter sido oferecida por terceiro, prosseguirá a execução apenas se não for ela embargada ou se forem rejeitados os embargos. Preveem, ainda, o art. 24, I, e o art. 32, §2º, ambos da Lei nº 6.830/80, que a Fazenda Pública somente poderá adjudicar dos bens penhorados, se a execução fiscal não for embargada ou se forem os embargos rejeitados, e que o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, após o trânsito em julgado da decisão que pôr fim aos embargos à execução. É ver:

Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

I – remir o bem, se a garantia for real; ou

II – pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.^[12]

Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I – antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos. [...] ^[13]

Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: [...]

§ 2º. Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente. [14]

Da leitura dos dispositivos legais transcritos da Lei nº 6.830/80, há nítida intenção do legislador em conceder efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal, de modo que os bens oferecidos em garantia pelo sujeito passivo somente serão convertidos em favor do ente exequente na hipótese de os embargos não terem sido opostos ou então terem sido rejeitados pelo magistrado.

Nesse aspecto, conclui Hugo de Brito Machado (2014, p. 480) que:

A Lei de Execuções Fiscais, embora não o diga expressamente, contém dispositivos que apontam claramente o efeito suspensivo dos embargos (arts. 18, 19, 24, I e 32, §2º). Por isto, mesmo tornou-se pacífica na doutrina e na jurisprudência a ocorrência de efeitos suspensivo automático, mesmo quando no Código de Processo Civil não existia norma expressa prescrevendo esse efeito. Ele não decorreu da aplicação subsidiária de dispositivo do Código de Processo Civil.

Inexiste, portanto, qualquer lacuna ou omissão da Lei nº 6.830/80 que autorize a aplicação subsidiária do CPC, especialmente quanto ao efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal. Eis o que consignou Rodrigo Dalcin Rodrigues (2008, p. 80) sobre a questão:

Logo, se deve aplicar o CPC sempre que a Lei 6.830/80 for omissa, for lacunosa em reger a relação jurídica processual de execução de créditos da Fazenda Pública. Porém, a omissão ou lacuna não decorre da análise isolada de dispositivos legais, mas sim do contexto de toda a Lei 6.830/80, pois, se for possível construir norma a partir dela para reger o processo no ponto duvidoso, não haverá lacuna, e, conseqüentemente, não haverá possibilidade de aplicação subsidiária do CPC para reger a relação processual de execução fiscal.

E, por fim, é necessário reiterar: não é preciso que a Lei 6.830/80 disponha literal e individualmente sobre determinada regra. O que o direito requer é que, do conjunto do ordenamento (aqui em análise restrita da Lei 6.830/80), seja possível construir a norma, a conclusão

sobre a conduta a ser observada, identificando a regra imposta pelo legislador.

Além disso, para a aplicação da norma geral de processo, pelo critério da especialidade, deverá estar em consonância com as disposições legais da especial. Caso contrário, prevalecerá esta em detrimento daquela, conforme os ensinamentos de Hugo de Brito Machado (2014, p. 479):

Em face de alterações introduzidas no Código de Processo Civil, tem sido questionada a subsistência do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, e várias decisões judiciais já afirmaram que os embargos já não produzem o efeito suspensivo automático. Essas decisões, todavia, albergam lamentável equívoco. O Código de Processo Civil aplica-se às execuções fiscais apenas subsidiariamente. As alterações nele introduzidas, portanto, em regra não se aplicam às execuções fiscais, que se regem por lei especial, ou excepcional.

Nesse aspecto, explica Carlos Maximiliano (2011, p. 110) que:

Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência. [...]

Sempre que se descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não se compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam Terapêutica Jurídica.

Inspire-se o intérprete em alguns preceitos diretores, formulados pela doutrina:

a) Tome como ponto de partida o fato de não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi feita.

Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata. [...]

b) Verifique se os dois trechos se não referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque tem cada um a sua esfera de ação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente. [...]

Da simples leitura dos dispositivos do CPC/15 que regem as execuções em geral e dos que compõem a Lei nº 6.830/80, a incompatibilidade entre os dois procedimentos é salutar porque editados para finalidades diversas. Não há na hipótese em questão conflito entre as normas jurídicas, mas embaraço na aplicação de cada uma à conjectura para qual a sua edição foi destinada (MAXIMILIANO, 2011, p. 110).

O art. 16, §1º da Lei nº 6.830/80, por exemplo, exige a apresentação de garantia para que o interessado apresente defesa. Os arts. 914 e 919, ambos do CPC/15, por sua vez, admitem a apresentação dos embargos antes mesmo de garantida a execução.

Outra disparidade entre os dois diplomas legais, revela-se no prazo para a oposição dos embargos à execução. Enquanto na Lei nº 6.830/80, estabelece-se o prazo de 30 dias para que a parte avie os embargos após garantida a execução (art. 16, da LEF), o art. 915, do CPC/15, fixa prazo de 15 dias. Isso sem falar que, para os procedimentos sob a égide do Código de Processo Civil, os prazos são contados em dias úteis (art. 212, do CPC/15), diferentemente do regramento aplicável às execuções fiscais.

É necessário, portanto, que se observe os procedimentos dispostos por cada uma das normas jurídicas para as hipóteses específicas abrangidas por elas, porque editadas para finalidades diversas. Do contrário, haveria confusão entre os dois diplomas legais, que possuem razão específica de existirem separadamente. Daí a evidente incompatibilidade entre elas, que *“há de ser resolvida pelo critério da especialidade, vale dizer, as disposições da lei especial seguem vigentes e não se há de cogitar da aplicação das disposições do Código de Processo Civil.”* (MACHADO, 2008. p. 53)

O ASPECTO CONSTITUCIONAL DO EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Superados os aspectos infraconstitucionais que irradiam consequências para todo o sistema jurídico-tributário, há que se ressaltar a estreita relação existente entre o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal e a efetivação de princípios constitucionais como o do direito à propriedade, o da inafastabilidade do controle judicial, o do contraditório e da ampla defesa e o do direito à jurisdição, em favor do interesse meramente arrecadatário da Fazenda Pública.

Isto é, ainda que a Lei nº 6.830/80 não fizesse qualquer referência ao efeito suspensivo automático atribuído aos embargos à execução fiscal, a sua concessão se justificaria em razão da conformação unilateral do crédito tributário que, não raras vezes, é resultado da completa inadequação dos princípios do contraditório e da ampla defesa (MACHADO, 2014, p. 480).

Nas palavras de Igor Mauler Santiago e de Frederico Menezes Breyner (2009, p. 89-90):

É inadmissível que o sujeito passivo seja imediatamente privado dos seus bens em razão de suposta dívida que não reconheceu e que nem foi declarada pelo Estado-Juiz em processo contraditório regular. [...]

Ora, no processo tributário administrativo o Poder Executivo é a um tempo parte e julgador. Apesar de em princípio obrigado à imparcialidade, não deixa o órgão de ter interesse na manutenção do crédito tributário (o que se revela, nas instâncias de composição paritária, pela prevalência da posição do Fisco em caso de empate).

Imparcialidade total, garantida por vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e dedicação exclusiva (CF, art. 95, I a III e parágrafo único), verifica-se apenas no Poder Judiciário.

Nesse aspecto, ainda, conclui Hugo de Brito Machado (2008, p. 56) que, por ser o crédito tributário constituído unilateralmente pela Fazenda Pública, a execução fiscal é o caminho para que se busque a satisfação do crédito, sendo os embargos, embora dotados de autonomia, uma fase da própria execução fiscal, quando é oportunizado ao contribuinte que deduza toda a matéria de defesa e produza prova para demonstrar a inexigibilidade do crédito tributário. É natural, portanto, que sejam os embargos à execução fiscal dotados de efeito suspensivo. Caso contrário, toda a atividade jurisdicional desempenhada no curso do processo, será considerada inútil ao final do julgamento dos embargos.

Há que se ressaltar, ainda, que garantida a execução fiscal e opostos os respectivos embargos, nas palavras de André Folloni (2010, p. 24) estará o cidadão contribuinte regular sob o ponto de vista tributário e, evidentemente, não poderá ser privado dos seus bens e da sua liberdade por interesses meramente arrecadatários da Fazenda Pública. Não é por outra razão, que a legislação tributária prevê além das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário^[15], outros instrumentos que evidenciam a mesma conclusão. É ver:

De modo que, todo aquele cidadão que faz depósito de garantia do crédito tributário e move medida judicial ou administrativa para discutir a dívida está regular sob o ponto de vista do Direito Tributário brasileiro. Esse ponto precisa ser destacado e a ele deve ser dada a maior atenção: depositando e discutindo, o cidadão contribuinte está regular sob o ponto de vista tributário. Não comete nenhuma ilicitude: está absolutamente regular em sua conduta. Não pode, evidentemente, ser privado nem de sua liberdade nem de sua propriedade nessa situação. Não pode ser sancionado como se fosse, em definitivo, devedor inadimplente.

Essa afirmação teórica encontra ampla corroboração no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário de uma pretensa e indemonstrada “teoria geral dos processos de execução” que fosse, na ordem das intenções, apta a alterar o regramento tributário. Se não bastassem os casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstos no Código Tributário Nacional, recorde-se o que o Direito Tributário brasileiro prescreve em relação à penhora na execução fiscal.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 206, prescreve que o cidadão que tem contra si uma execução fiscal garantida por penhora está regular sob ponto de vista tributário. Tanto é assim que pode obter certidão positiva com efeitos de negativa, e praticar normalmente os atos que todo aquele contra o qual não há execução também pode; sem nenhum problema. Está regular.

Além disso, a Lei n. 10.522/2002, em seu art. 7º, I, prescreve que o ajuizamento de ação com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao juízo, suspende o registro do suposto devedor no cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal -Cadin. Isso porque o ajuizamento de ação com oferecimento de garantia faz com que o cidadão esteja, novamente, regular sob ponto de vista tributário. Tanto é assim que pode obter suspensão do registro no Cadin, e praticar normalmente os atos que o não executado também pode, sem nenhum problema. Sendo os embargos à execução fiscal uma ação própria, como admite toda a doutrina, enquadram-se na moldura do art. 7º, I, da Lei n. 10.552/2002.

Isso sem falar na ausência de paridade dos instrumentos colocados à disposição da Fazenda Pública e dos contribuintes, desde a formação do título executivo extrajudicial (CDA) até devolução dos valores indevidamente cobrados, na hipótese de reconhecida a inconstitucionalidade ou a ilegalidade da exação, conforme pertinente colocação de Hugo de Brito Machado Segundo e de Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2008, p. 61):

A propósito, quando se analisam os títulos executivos extrajudiciais, verifica-se que, em regra, são eles formados pela vontade do devedor. Afinal, é dele a assinatura no cheque, na nota promissória ou no contrato. Foi sua manifestação de vontade que fez nascer a relação jurídica obrigacional, e o título no qual está representada com força executiva. No caso da execução fiscal, não. O título é originado no âmbito da chamada autotutela vinculada de que a Administração Pública é dotada. Por outras palavras: a Administração constitui seus próprios títulos executivos, unilateralmente.

Por outro lado, se um credor privado age com excesso e recebe quantia superior à devida por seu devedor, este último poderá, com os mesmos instrumentos, obter o devido ressarcimento. Tem igualdade de instrumentos processuais. No caso da Fazenda Pública, não. Satisfeito o crédito tributário por meio de expedientes açodados, a posterior constatação de que o mesmo não era devido impõe ao contribuinte o manejo de ação de conhecimento, cuja efetividade submete-se aos seguintes óbices: (i) a execução da sentença somente pode ocorrer após o trânsito em julgado do processo de conhecimento; (ii) caso haja embargos à execução de sentença, a satisfação da parte embargada há de aguardar o trânsito em julgado da sentença de rejeição dos embargos (e não só a sentença de improcedência em primeira instância); (iii) depois de tudo isso, a satisfação do crédito ainda depende da sistemática de precatórios, eventualmente submetida a emendas constitucionais que os parcelam em até 10 anos, ou a leis que condicionam o seu pagamento à apresentação de toda a sorte de certidões negativas de débito.

Está claro, nesse contexto, que eventual excesso na cobrança de um crédito tributário não é reparado da mesma forma que o excesso na cobrança de um crédito executado, por um particular contra outro, nos moldes do CPC. Isso recomenda, no primeiro caso, cautela ainda maior que no segundo, aspecto que se soma à

já mencionada forma, também diferenciada, por meio da qual se dá a unilateral constituição do crédito tributário.

Diante da gravidade atribuída à realização de atos expropriatórios antes do julgamento dos embargos à execução fiscal, quando terá o sujeito passivo a oportunidade de produzir provas e deduzir a sua defesa em juízo, está revelado o seu caráter inconstitucional, haja vista a violação aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (art. 5º, LV) e o do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) e a submissão arbitrária do contribuinte à penosa prática do *solve et repete*[16].

CONCLUSÃO

Com base na análise dos dispositivos legais contidos na Lei nº 6.830/80, a conclusão que se chega é a de que, apresentada garantia na execução fiscal, os embargos possuem o efeito suspensivo, que somente deve ser desconstituído na hipótese de a defesa não ter sido apresentada pelo sujeito passivo da execução ou mesmo quando for rejeitada pelo Juízo, após a dilação probatória e a análise das razões para a desconstituição da exigência.

Apesar das reiteradas decisões do STJ em sentido contrário, a aplicação do art. 919, §1º, do CPC, de forma subsidiária à Lei de Execuções Fiscais, na verdade, contraria a sistemática do processo executivo no âmbito das execuções fiscais, cujo título extrajudicial no qual se baseia a exigência é formado unilateralmente pela Fazenda Pública, sendo dispensável nessa fase a participação do executado, de modo que a falta de concessão do efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal torna a medida incompatível com os princípios consagrados na Constituição Federal e absorvidos por todo o sistema jurídico, como o do devido processo legal, o da segurança jurídica e o de paridade de armas entre as partes.

REFERÊNCIAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. Objeção de Pré-Executividade Aplicação em Matéria Fiscal. In: **Problemas de Processo Judicial Tributário**, v. 4, Coordenador Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 2000.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm > acessado em: 30/06/2022.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html> > acessado em: 30/06/2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > acessado em: 30/06/2022.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOLLONI, André. Embargos à execução, necessidade de penhora e efeitos do recebimento: relações entre a Lei n. 11.382 e a Lei nº 6.830. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 173, fevereiro, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____, _____. Embargos à execução fiscal: prazo para interposição e efeito suspensivo. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 151, abril, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 151, abril, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**, 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

RODRIGUES, Rodrigo Dalcin. Análise da Suspensão da Execução Fiscal sob o Prisma dos Fatos, da Finalidade das Leis, da sua Aplicação Razoável e da Coerência do Ordenamento. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 153, junho, 2008.

SANTIAGO, Igor Mauler; BREYNER, Frederico Menezes. Inaplicabilidade do artigo 739-A do Código de Processo Civil aos Embargos à Execução Fiscal. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, nº 55, jul/dez, 2009.

NOTAS:

[1] Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Itu. MBA em Gestão Fiscal pela Trevisan Escola de Negócios.

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogada no Soares de Melo Advogados. E-mail: roberta@soaresdemelo.com.br

[2] Como explica Hugo de Brito Machado: “Como não temos leis processuais específicas para a solução dos conflitos entre o Fisco e o contribuinte, o processo judicial tributário regula-se pelo Código de Processo Civil, salvo no que diz respeito à execução fiscal e à cautelar fiscal. O processo de conhecimento em matéria tributária é sempre de iniciativa do contribuinte, porque a decisão no processo administrativo é sempre do Fisco, inexistindo, razão para que este provoque o controle judicial da legalidade de tais decisões.” (MACHADO, 2014, p.473)

[3] BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

[4] BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

[5] BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

[6] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

[7] Art. 3º, da LC nº 95/98 – “A lei será estruturada em três partes básicas: [...]

III – parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.”

[8] Art. 9º, da LC nº 95/98 – “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.”

[9] Art. 12, da LC nº 95/98 – “A alteração da lei será feita: [...]

II – mediante revogação parcial;

III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: [...]

[10] Art. 3º, da Constituição Federal – “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

[11] Art. 1º, da Lei nº 6.830/80 – “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

[12] BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

[13] BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

[14] BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

[15] Art. 151, do Código Tributário Nacional – *“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento.”*

[16] Nesse sentido: Hugo de Brito Machado Segundo e de Raquel Cavalcanti Ramos Machado. *A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos*. In: Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), nº 151, abril, 2008, p. 61 e ss.

A CORRUPÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: OS REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

JOSILAINE ALEXANDRE POLVERE:

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP (UNIFUNEC)²³

ANA MARIA ORTEGA ALONSO

(orientadora)

RESUMO: Este estudo é sobre a corrupção política no Brasil e seus reflexos na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e sociais. A corrupção é uma conduta ilícita e fundamenta-se no Código Penal Brasileiro. Na Constituição Federal de 1988, estão dispostos os direitos fundamentais e sociais em seus artigos 5º e 6º, assim como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dispostos no artigo 37. Esses princípios e direitos estão sendo desrespeitados por meio dos atos corruptos, e como consequência gera o mau funcionamento dos serviços públicos essenciais. Por este motivo o objetivo da pesquisa é demonstrar a história da corrupção política no Brasil, seus aspectos conceituais, as formas em que são praticados os atos corruptos, e demonstrar as estratégias de controle de outros países. A pesquisa se justifica diante dos escândalos de corrupção decorrentes no país. O estudo foi feito a partir do método hipotético-dedutivo, no qual foi possível concluir que a corrupção não pode ser combatida totalmente, mas seus efeitos podem ser amenizados por meio de educação, prevenção, fiscalização e transparência, e que este é um trabalho de médio à longo prazo e que precisa dos esforços dos órgãos públicos e da colaboração da sociedade.

Palavras-chave: Corrupção. Política. Brasil.

ABSTRACT: This study is about political corruption in Brazil and its effects on the effectiveness of the guarantee of fundamental and social rights. Corruption is illegal conduct and is based on the Brazilian Penal Code. In the Federal Constitution of 1988, the fundamental and social rights are set out in its articles 5 and 6, as well as the principles of

²³ E-mail: josialexandre17@gmail.com

legality, impersonality, morality, publicity and efficiency set out in article 37. These principles and rights are being disrespected through of corrupt acts, and as a consequence generates the malfunction of essential public services. For this reason, the objective of the research is to demonstrate the history of political corruption in Brazil, its conceptual aspects, the ways in which corrupt acts are practiced, and to demonstrate the control strategies of other countries. The research is justified in view of the corruption scandals arising in the country. The study was made from the hypothetical-deductive method, in which it was possible to conclude that corruption cannot be completely fought, but its effects can be mitigated through education, prevention, inspection and transparency, and that this is a work of medium to long term and that needs the efforts of public bodies and the collaboration of societ.

Keywords: Corruption. Politics. Brazil

1 INTRODUÇÃO

Muitos são os meios pelos quais manifestam-se os atos corruptos, no entanto, esta pesquisa se concentra a estudar a corrupção no meio político, visto que diante da proporção em que ocorre, ocasiona maior prejuízo a coletividade, que além de retardar o crescimento econômico do país, fere princípios e direitos constitucionais.

A consequência dos desvios das verbas públicas gera a ineficácia dos serviços públicos essenciais que estão garantidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais são: saúde, educação, moradia, segurança, assistência aos desamparados, trabalho, etc. Sendo assim, o objetivo da pesquisa é estudar a corrupção no espaço político, demonstrar a história da corrupção no país, seus aspectos conceituais, as formas em que são praticados os atos corruptos, assim como, demonstrar as estratégias de controle adotadas em outros países.

A pesquisa se justifica pela atualidade da problemática dos escândalos de corrupção no meio político, ademais, deve-se ter em vista os prejuízos sociais, culturais e econômicos que ela causa à sociedade, por este motivo é relevante fazer um estudo sobre seus diferentes aspectos, para compreender as ações corruptas e os meios empregados ao seu controle.

A metodologia empregada ao estudo é o método hipotético-dedutivo, feito por meio de revisão bibliográfica, no qual teve como fontes de estudo; a Constituição Federal Brasileira de 1988, livros doutrinários de Direito, artigos científicos, e outras obras pertinentes ao assunto.

O artigo está dividido em 7 (sete) tópicos, após a introdução é demonstrado no tópico 2 os aspectos conceituais de corrupção, no tópico 3 são apresentadas as formas de corrupção praticadas no meio político, o tópico 4 retrata a história da corrupção política no Brasil, o tópico 5 demonstra como a corrupção fere os direitos e princípios constitucionais, o tópico 6 aponta o controle no combate à corrupção feito por outros países, finalizando no tópico 7 o qual é referente a conclusão do estudo.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DE CORRUPÇÃO

Segundo o dicionário da Língua Portuguesa Aurélio, corrupção vem do Latim "corruptione", e significa: "1. ato ou efeito de corromper-(se); decomposição. 2. Devassidão, depravação. 3 Suborno; peita." (FERREIRA, 2010, p. 203).

Quanto ao conceito de corrupção entre os estudiosos e filósofos, o estudo da corrupção está aliado à ética e à moral, é o que diz Figueira, (2009) "Resgatar uma dimensão de moralidade para pensar o tema da corrupção significa buscar uma visão abrangente que dê conta dos significados que ela pode assumir na esfera pública".

Como afirma Medeiros, (2016) a palavra corrupção entende-se por algo deteriorado e se compara a podridão moral de uma determinada sociedade.

Tal afirmação já era feita pelo filósofo Montesquieu, ao expor em sua obra O Espírito das Leis a frase; "A corrupção de cada Governo começa quase sempre pela corrupção dos seus princípios". (MONTESQUIEU, 2004, P. 145)

Para Montesquieu o combate à corrupção não está na conscientização da mudança desses princípios, mas na aplicação de sanções mais severas.

O que se espera é que o temor à essas punições surtam o efeito de freio aos atos ilícitos dos agentes corruptos, pois quanto mais branda for a lei trará mais segurança aos que cometem impunidades, é o que ele demonstra ainda em seu livro.

Assim como uma certa confiança faz a glória e a segurança de uma Monarquia, ao contrário uma República precisa temer algo.

O temor dos Persas manteve as Leis entre os Gregos Cartago e Roma se intimidaram uma à outra, e se firmaram.

Coisa singular! Esses Estados, como as águas demais tranquilas, quanto mais seguros mais sujeitos à corrupção. (MONTESQUIEU, 2004, p. 149)

No meio jurídico a corrupção denomina-se como uma conduta ilícita e fundamenta-se no Direito Penal, o Código Penal traz em seus artigos 317 e 333, os conceitos de corrupção ativa e passiva e suas sanções, que se resume a buscar vantagem indevida patrimonial para si ou para outrem, a corrupção ativa é praticada quando é oferecido vantagem indevida ao funcionário público em troca de benefícios, e a corrupção passiva é praticada somente pelo funcionário público, as penas para a corrupção passiva e ativa, são de dois a doze anos de reclusão, e multa. (BRASIL, 1940).

3 AS FORMAS MAIS COMUNS DE CORRUPÇÃO PRATICADAS NO MEIO POLÍTICO

Os meios mais comuns de corrupção praticadas no meio político são: nepotismo, fraudes, superfaturamento, evasão de dívidas, peculato, concussão, suborno, enriquecimento ilícito, dentre outros.

No Código Penal Brasileiro estão previstos os crimes contra a administração pública, que são crimes praticados por funcionários públicos em razão de sua função ou cargo, isso acontece quando o funcionário público aproveita-se da facilidade de ter o bem ou dinheiro em seu poder por conta de seu cargo ou função, aproveitando para praticar a conduta corrupta.

Dentre os crimes contra a administração pública está o peculato no artigo 312 do Código Penal, ele ocorre quando o funcionário público apropria-se ou desvia de sua função dinheiro ou bem móvel, público ou particular, estando em sua posse por razão do cargo para proveito próprio ou de terceiro, a pena é de reclusão de dois a doze anos, e multa. (BRASIL, 1940)

Outro ato de corrupção comum é a concussão, disposta no artigo 316 do Código Penal, na concussão o funcionário exige vantagem indevida para si ou para outrem, um exemplo é quando o agente público exige valor pago ou outra vantagem de donos de estabelecimentos para liberar alvará de funcionamento ou não interdição, a pena nesses casos é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Brasil, 1940)

Uma prática muito comum de corrupção é o nepotismo. Na Constituição Federal de 1988, encontra-se os princípios da impessoalidade, moralidade e igualdade que são

contrários ao nepotismo, o Decreto N° 7.203, de 04 de Junho de 2021 veda o nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal.

O nepotismo ocorre quando um agente público contrata ou favorece pessoas até o segundo grau de parentesco. Como previsto no artigo 177 da Lei N° 8.112/1990 nos incisos VIII e IX, esta Lei dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

O servidor público responderá civilmente, administrativamente e penalmente sempre que cometer irregularidades no desempenho de suas funções.

Segundo o artigo 121 da referida Lei "a responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros". (Brasil, 1990)

Quando o servidor causar dano a terceiros responderá em ação regressiva perante a Fazenda Pública.

Ainda em análise dessa Lei, a demissão será aplicada nos casos de crimes: contra a administração pública; aplicação irregular de dinheiros públicos; lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção; entre outros crimes.

Outro ato de corrupção comum é o superfaturamento, que ocorre quando há a venda de algo por preço superior ao preço normal de mercado, ou ainda a fraude em contratos de licitação que demonstre preço superior ao acordado, visando desviar esse dinheiro para proveito próprio ou de terceiros.

A nova Lei sobre Licitações e Contratos N °14.333/2021 em seu capítulo sobre processo licitatório dispõe sobre o superfaturamento em seu artigo 11, manifestando o controle das licitações no qual propõe "evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;" a Lei

determina que este controle deve ser feito por monitoramento e na implementação de processos e estruturas de controles internos estratégicos em acordo com a Lei orçamentária, visando a eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. (BRASIL, 2021)

Os crimes de corrupção política provocam a desordem na economia brasileira, e assim geram outros problemas sociais, isso tem ocorrido ao longo da história política do país.

4 HISTÓRIA DA CORRUPÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

Quanto a origem da corrupção no Brasil há indícios de que ocorre desde a época do descobrimento deste território, a começar pelo período colonial. Tem ocorrido de diversas maneiras, entretanto, houve uma evolução na prática da corrupção, na aceitação do que é considerado uma prática corrupta ou não pela sociedade, quanto aos meios de combatê-la o poder legislativo tem criado diversas leis ao longo do tempo.

O Brasil passou por vários sistemas de governo que são as fases: colonial, imperial, republicana, parlamentarista, e presidencialista que se tornou permanente até o dia de hoje após um período na época antecedente a ditadura.

A fase ditatorial ocorreu com a bandeira do conservadorismo moral e empenho contra a corrupção, mas o regime autoritário inviabilizava a fiscalização dos atos dos governantes, além de não haver transparência, foi uma época brutal de desrespeitos aos Direitos Humanos.

Três anos após o término da Ditadura Civil-Militar no Brasil, que ocorreu de 1964 a 1985, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de Constituição Cidadã por trazer em seu diploma direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Desde então, dos anos de 1985 até 2018, ocorreram sete eleições, sendo que o primeiro presidente pós-ditadura foi José Sarney, eleito primeiramente como vice-presidente, assumiu a Presidência da República após o falecimento de Tancredo Neves, que apesar de eleito não assumiu em decorrência de seu falecimento.

Em 1989 Fernando Collor foi eleito presidente com a campanha de combate à corrupção, entretanto, após denúncias de corrupção em seu governo, foi instaurada uma CPI que descobriu o famoso caso "Esquema PC Farias" comandado pelo tesoureiro de sua campanha, que deu início ao pedido de impeachment do presidente, mas antes que o

pedido de impedimento fosse aprovado pelo Congresso, Collor renunciou a Presidência da República, com apenas dois anos de mandato.

O Sucessor de Collor foi seu vice Itamar Franco, cuja a administração do seu governo trouxe um avanço na economia brasileira com o plano URV (Unidade Real de Valor), uma moeda brasileira que diminuiu a inflação no país, dando início a uma reforma econômica, essa moeda mais tarde foi transformada no plano real, moeda que permanece até hoje.

O plano Real foi apresentado pelo então Ministro da fazenda Fernando Henrique Cardoso, também conhecido como FHC, devido ao sucesso do plano econômico e sua popularidade, ele foi eleito presidente da República no ano de 1994.

Diante da estabilidade econômica em que seu governo atingiu, o presidente conseguiu se reeleger, algo inédito no Brasil, que só foi possível por meio de uma emenda constitucional aprovada pelo Congresso que tornou possível as reeleições presidenciais no país.

O governo de FHC conseguiu controlar a inflação e deu início a expansão econômica no país, desenvolveu diversos programas sociais, e foi responsável por trazer um importante mecanismo jurídico de fiscalização no combate à corrupção, a Lei Complementar N° 101 de 04 de Maio de 2000, que dispõe sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, como demonstrado:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (BRASIL,2000)

Contudo, apesar da expansão econômica em diversas áreas e desenvolvimento de importantes políticas públicas, o seu governo foi alvo de denúncia de corrupção, como demonstra a matéria da revista virtual Rede Brasil Atual.

Na sexta feira (21), o ex-gerente da diretoria de Serviços da Petrobras, Pedro Barusco, depois de fazer acordo de delação premiada como forma de diminuir seu possível tempo de prisão, relatou em depoimento à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, que recebeu cerca de US\$ 100 milhões em propinas por negócios escusos na Petrobras desde 1996, no governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB). Barusco se aposentou na Petrobras em 2010 e, a partir daí, foi diretor de Operações da Sete Brasil, empresa que tem contrato atualmente com a Petrobras.(STHEPHANOWITZ, 2014)

Após os oito anos de mandato de FHC que terminou em 2002, o Brasil teve como presidentes: Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010); Dilma Vana Rousseff (2011-2016); Michel Temer (2016-2018); e o atual presidente Jair Messias Bolsonaro 2019 até o presente momento.

No governo Lula, muitos esquemas de corrupção foram descobertos, como o "Escândalo dos Bingos" um caso de extorsão para arrecadar fundos para a campanha eleitoral do PT e PSDB, o "Escândalo do Dossiê" o "Escândalo dos Sangues Sugars", entre outros.

Mas o mais notório foi o Escândalo do Mensalão denunciado em 2005, que se tratava de um esquema de compra de votos do partido dos Trabalhadores (PT) aos parlamentares do Congresso, eles recebiam uma espécie de mesada denominada "Mensalão" em troca de apoio na aprovação de reformas que o PT apresentava, esta denúncia que foi feita pelo deputado Roberto Jefferson levou a cassação do Ministro da Casa Civil, José Dirceu acusado de ser o comandante do esquema.

No governo de Dilma Rousseff entre 2014-2015, iniciou-se a operação Laja-jato, a Polícia Federal considera o maior escândalo de corrupção dos últimos tempos no Brasil, por isso o artigo traz um maior destaque à este acontecimento.

A operação foi conduzida pela Polícia Federal e teve a atuação do ex-Juiz Sérgio Moro, a investigação apontou o envolvimento da empresa estatal Petrobrás e políticos de diversos partidos em um esquema de lavagem de dinheiro, além de outras denúncias apuradas na operação, ainda no começo das investigações o professor Luiz Flávio Gomes

já havia publicado um artigo relatando o prejuízo aos cofres públicos de R\$ 10 (dez) bilhões de reais.

Existem apontamentos de que as investigações começaram após o Tribunal de Contas da União rejeitar as contas de governo da então presidente, ressalta-se que as cobranças da mídia aos membros da corte foram imprescindíveis nas intervenções judiciais. O processo levou a ex-presidente ao impeachment por crime de responsabilidade. (COUTINHO, 2019)

No entanto, o primeiro passo da investigação foi a quebra de sigilo de um posto de gasolina, o Posto da Torre em Brasília, isso aconteceu para apurar informações sobre um esquema de lavagem de dinheiro no Paraná, entre os investigados estava o doleiro Alberto Youssef, que teve sua prisão decretada por outro esquema de corrupção, com isso foi possível desvendar seu envolvimento com o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa.

Nas investigações foi descoberto que Youssef havia dado um carro luxuoso de presente para o ex-diretor da Petrobras, com isso iniciou-se uma investigação na casa de Paulo Roberto, para saber qual era sua ligação com Alberto Youssef, na qual os policiais encontraram diversas anotações detalhando esquemas de grandes empreiteiras e envolvimento com vários políticos, este foi o começo da operação Lava Jato, que começou por acaso, a partir de outra investigação de corrupção, e que se tornou segundo a polícia federal “o maior escândalo de corrupção dos últimos tempos”.

O esquema funcionava da seguinte forma, a Petrobras é uma empresa Estatal cujo o acionista majoritário é o Governo do Brasil (União) sendo assim, quem paga as despesas da empresa como licitações e obras é o Estado, por meio do dinheiro público, ou seja, dinheiro arrecado em forma de tributo, impostos, taxas, que são cobrados da população e é convertido em verba pública destinada à voltar para a sociedade em forma de serviços públicos, como construção de escolas, hospitais, rodovias, e na prestação desses serviços.

As grandes empreiteiras que participavam das licitações da empresa Petrobras para fazerem as obras públicas, superfaturavam os contratos, com isso parte do dinheiro superfaturado era distribuído entre executivos da Petrobras e a outra parte era distribuída entre os operadores do esquema, políticos, empresários e doleiros que redistribuíam o dinheiro para financiar campanhas eleitorais, dentre os partidos que recebiam a propina estão, o Partido dos Trabalhadores (PT), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Partido Progressista (PP).

Por causa da complexidade do esquema a operação durou cerca de sete anos, e passou por diversas fases, muitos políticos e empresários foram presos, entre eles estão; José Dirceu, Marcelo Odebrecht, Sérgio Cabral, Eduardo Cunha, o ex-presidente Lula, e muitas outras pessoas de alto poder político e econômico, ressalta-se que as delações premiadas (colaborações) dos acusados foram imprescindíveis para se chegar a mais nomes e apurar novos fatos.

Apesar de passar por diversas fases frustradas, como a descoberta da parcialidade do ex-Juiz Sérgio Moro na condenação do ex-presidente Lula, que levou a decisão do STF de anular a condenação, essa operação foi um marco na história do Brasil, não só por ter investigado o maior esquema de corrupção dos últimos tempos mas também porque nunca antes na história do Brasil tantos políticos e poderosos tinham sido presos, além de ter sido devolvido aos cofres públicos a quantia de mais de 4 bilhões de reais segundo informações do site do Ministério Público Federal.

Contudo, independentemente da operação ter atingido destaque pelas prisões e recuperação do dinheiro público, a cada época são descobertos novos casos de corrupção no meio político, isso traz um prejuízo econômico no país e gera a descredibilidade da política brasileira.

É o que tem ocorrido no atual governo, no governo Bolsonaro foi implantado um plano anticorrupção para o período de 2020 a 2025, segundo o Comitê Interministerial de Combate à Corrupção os objetivos do plano é alinhar-se aos mecanismos já existentes desde de 2019, como o Pacote Anticrime, pacote Anticorrupção e a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil instituída pelo Decreto nº 10.531, de 26 de outubro de 2020. (BRASIL, 2020)

Entretanto, apesar dos esforços, em 2021 foi aberta uma CPI para investigar a denúncia de caso de corrupção de superfaturamento na pandemia do Covid-19.

Como demonstrado, em todos os governos existentes sempre existiram casos de corrupção, o fato é que a corrupção não pode ser combatida totalmente. Espera-se que haja uma maior prevenção, detecção e responsabilização dos agentes corruptos, o que pode ser feito por meio de fiscalização, transparência e aprimoramento das normas já existentes, assim como, novos mecanismos devem ser elaborados. Além disso, a recuperação das verbas públicas, deve ocorrer, sendo estes valores restituídos aos cofres públicos.

5 COMO OCORRE A INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Como disposto no artigo 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” também estão dispostos na artigo 5º e 6º os direitos fundamentais e sociais: que são: art. 5º “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988)

Ocorre que a ineficiência na prestação dos serviços públicos tem acontecido diante da má distribuição da renda para este fim, isso acontece por decorrência dos desvios das verbas.

A prestação dos serviços públicos se viabiliza graças à arrecadação de tributos que são destinados para as áreas da saúde, educação, segurança, dentre outras áreas. O sistema tributário brasileiro é importante para garantir a efetivação desses serviços. No entanto, um dos problemas é que muitas vezes esse dinheiro não retorna à sociedade devido aos desvios dessas verbas.

Existem cerca de 80 tributos no país, que são divididos em diversas categorias. São eles: impostos, contribuição de melhorias, empréstimo compulsório, contribuições sociais e taxas, ou seja, quando o indivíduo compra um produto ou usa um determinado serviço, parte do dinheiro pago é arrecadado e convertido em verbas públicas, para fins de serviços públicos, construção de escolas, hospitais, rodovias, compra e manutenção de aparelhos, materiais, pagamento de funcionários públicos, etc, dessa forma esse dinheiro desviado, está sendo levado do bolso do contribuinte.

No momento atual o país está enfrentando um sério problema de prejuízo na área da saúde; em decorrência dos desvios das verbas por meio de superfaturamento que ocorre por exemplo, quando há a venda de algo por preço superior ao preço normal de mercado, visando comprar algo inferior, desviando o dinheiro superfaturado para proveito próprio ou de terceiros.

Na pandemia do Covid-19 ocorreram muitas mortes de pessoas que esperavam a desocupação de leitos de UTI ou necessitavam de aparelhos respiratórios, a respeito disto, foi instaurada uma CPI para apurar casos de denúncias de desvios de recursos públicos.

A denúncia é de superfaturamento na compra de aparelhos respiratórios destinados ao combate da pandemia, além dessa denúncia, surgiu no mês de julho de 2021 a denúncia de superfaturamento na compra de vacinas contra o SARS-CoV-2, causador do Covid-19.

Com essas milhões de verbas desviadas muitos hospitais poderiam ser construídos, muitos aparelhos essenciais à vida poderiam ser comprados, além de ambulâncias, e profissionais da área da saúde poderiam ser contratados, evitando assim tantas mortes.

A área da saúde é a mais afetada com a corrupção política, segundo Coelho e Brito (2020) estima-se uma perda de R\$ 1,8 bilhões na área da saúde, sendo que a pesquisa analisa dados de 2007 até 2020.

A respeito das outras áreas prejudicadas, segundo a Fundação Getúlio Vargas, todos os anos, há uma perda de R\$ 30 trinta bilhões na economia brasileira, isto significa uma perda de 1% a 4% do Produto Interno Bruto (PIB). Segundo dados da Controladoria-Geral da União, (CGU) a área da educação é a segunda mais prejudicada, depois da saúde. (JORNAL DO BRASIL, 2009).

6 COMO OUTROS PAÍSES CONSEGUIRAM CONTROLAR A CORRUPÇÃO

Especialistas em combate à corrupção da Universidade de Sussex na Inglaterra, dizem que acabar totalmente com a corrupção é impossível, o que se pode é diminuir os efeitos deste problema. Estes mesmos estudiosos de outros países fizeram uma análise no escândalo da Petrobrás apurado na operação Lava Jato, e identificaram como problema central a falta de transparência em contratos públicos. (BANDEIRA, 2016)

Diante deste estudo internacional a pesquisa traz alguns exemplos de outros países no controle e combate à corrupção, a começar por Hong Kong, considerado modelo nesse tipo de ação pelo Centro de Pesquisa U4. Isso se deu pelo fato de que, além de criar uma comissão independente com um sistema de justiça eficaz, focaram na educação moral que começa desde o jardim da infância. Como resultado, ao longo dos anos a sociedade conscientizou-se da importância da colaboração, e hoje cerca de 70% das denúncias partem da população. (BANDEIRA,2016)

A conduta corrupta é inerente ao ser humano, ela é a falta ou rompimento de princípios éticos e morais de cada um, no exemplo de Hong Kong esses princípios e valores morais foram inseridos na formação das crianças já nos primeiros anos de vida, quando está sendo feita a formação do caráter, o que ocorre desde o jardim de infância, aqui o combate à corrupção deve ser visto como um trabalho de resultado à longo prazo.

Na Geórgia até 2003 imperava a cultura da corrupção. A mudança ocorreu após uma revolução chamada de “Revolução Rosa” que tirou o presidente do poder, o novo presidente então, demitiu 16 mil agentes corruptos e colocou um sistema de monitoramento e transparência nos novos agentes, mudando significativamente o comportamento corrupto no país. (BANDEIRA,2016)

Em um relatório sobre combate à corrupção apresentado à OCDE, foi demonstrado o modelo das Filipinas, em que o governo focou primeiramente na identificação e punição dos grandes políticos corruptos em fraude eleitoral, o foco da ação de governo também incluía convencer os cidadãos e empresários da importância de suas participações no acompanhamento e fiscalização, trabalhando principalmente com a transparência. (BANDEIRA, 2016)

Neste ponto deve-se considerar a ideologia do filósofo Montesquieu, de que o freio da corrupção está no temor à punição, aqui a estratégia se faz por meio das leis que devem ser de igual proporção às más condutas, a exemplo disto, foi demonstrado o caso das Filipinas que se concentrou na identificação e punição dos grandes políticos corruptos, o que ocorreu também na Geórgia, que além de punir os agentes corruptos e demiti-los, criou um sistema de monitoramento aos novos agentes, causando assim um temor em serem pegos.

Na Índia, segundo Bandeira, (2016), o que tem favorecido a mudança no país é a participação da sociedade por intermédio de um site de denúncias criado por dois ativistas, este site permite também que os usuários participem na elaboração de políticas públicas, no Brasil existe a Lei de acesso à informação que pode ser acessada no portal da transparência, no entanto, muitos não sabem da existência deste portal, um melhor aproveitamento poderia ocorrer por meio de campanhas de incentivo para que a população conheça e utilize o site.

A luta contra a corrupção não é uma tarefa fácil, mas como menciona o filósofo Rudolf Von Ihering em seu livro A Luta Pelo Direito, “O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta”. (2004, p. 27)

Em outro ponto ele diz: “A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”. (2004, p. 27)

Isto traz uma importante reflexão sobre a responsabilidade que cada um tem na luta do controle e combate à corrupção, a cooperação tem de ser mútua entre os entes republicanos e a sociedade civil para prevenir e coibir atos de corrupção.

Primeiramente o poder está nas mãos do povo, a prevenção começa na escolha dos candidatos que os cidadãos vão eleger, isto significa ter responsabilidade e confiabilidade para inserir os seus representantes na gestão pública, os cidadãos devem valer-se não só de seus direitos mas também de seus deveres para o bem comum, e pensar na proteção e desenvolvimento da coletividade.

Aos órgãos públicos ficam as funções de criar estratégias eficazes, colaborando na prevenção, no controle e punição.

O procurador-geral da República Augusto Aras, que participou do Fórum: O Controle no Combate à Corrupção 2020, falou da importância de estratégias para implementar *complice* não só nas medidas internas dos órgãos públicos como também no setor privado, segundo ele, é o que recomenda a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, (OCDE). (PLANALTO, 2020)

No ordenamento jurídico já existem leis específicas como a lei que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, leis de transparência e acesso à informação, e leis de combate às organizações criminosas, além do mais novo plano anticorrupção apresentado no atual governo, que é formado pelos seguintes órgãos: Controladoria Geral da União, Ministério da Justiça e Segurança Pública; Ministério da Economia; Gabinete de Segurança Institucional; Advocacia-Geral da União; e o Banco Central do Brasil, juntos na cooperação do controle interno no âmbito administrativo.

Contudo, apesar de haver Leis específicas, faltam esforços para que elas sejam cumpridas de forma eficaz, um ponto negativo é a lentidão em que o judiciário julga esses casos.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, comprova-se que a corrupção política fere o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros princípios como o da eficiência, da impessoalidade, moralidade, igualdade e desrespeita o direito mais importante que é o direito à vida.

Comprova-se assim, que a ineficácia na prestação dos serviços públicos não está em consonância com os princípios e direitos constitucional, refletindo negativamente na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e sociais.

A ideia do filósofo Rudolf Von Ihering, traz a importante reflexão de que a luta pelo combate à corrupção não deve limitar-se aos órgãos públicos, mas deve ser uma luta dos povos, governo e sociedade civil, que devem se unir.

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que o controle e combate à corrupção é um trabalho de médio a longo prazo, e que deve-se trabalhar primeiramente a educação ética e moral. No demais, aumentar as penas, a fiscalização e transparência.

É necessário também a colaboração das mídias nas denúncias e cobranças ao judiciário, aliás, a participação da sociedade civil como demonstrado nos modelos de outros países é de extrema importância. Reforça-se a necessidade de campanhas ao incentivo do acesso ao portal da transparência e do uso da Lei de acesso à informação, além disto, é imprescindível políticas públicas que conscientizem a responsabilidade dos cidadãos nas eleições.

REFERÊNCIAS

ATUALIDADES ONLINE. **Operação Lava Jato (parte 1)**. Disponível em: ><https://youtu.be/06e7vwwtngs>> Acesso em: 13 de novembro de 2021.

BANDEIRA, Luiza. **Algum país já conseguiu acabar com (ou pelo menos diminuir bastante) a corrupção?** 2016. BBC Brasil em Londres. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36758910>> Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Código Penal** **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**, Artigos 1º ao 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101 de 04 de Maio de 2000**. Dispõe sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>
Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.ftm> Acesso em: 11 de novembro de 2021
BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm

BRASIL. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2021

BRASIL. **Plano Anticorrupção: Diagnóstico e Ações do Governo Federal.** Brasília. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorrupcao>> Acesso em: 14 jul. 2021.

COELHO, Henrique. BRITO, Carlos. **GLOBO. COM, G1.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/29/esquemas-de-corrupcao-desviaram-quase-r-18-bilhao-da-saude-do-rj-desde-2007-valor-supera-gastos-com-a-pandemia.ghtml>> Acesso em: 14 jul. 2021.

COUTINHO, Doris de Miranda. **O ovo da serpente: As razões que levaram a corrupção a se alastrar pelo Brasil.** A frustração dos órgãos de controle no combate aos malfeitos. A relevância do papel do cidadão na fiscalização dos gastos dos governantes para se consolidar uma nova ética pública. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 200p. ISBN 978-85-450-0661-9.

CONTROLADORIA –GERAL DA UNIÃO. **Nepotismo.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo>> Acesso em: 11 de novembro de 2021

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **MINIAURÉLIO:** o dicionário de língua portuguesa/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira. - 8. ed. rev. atual.- Curitiba: Positivo, 2010. Pag. 203.

FIGUEIRAS, Fernando. **A TOLERÂNCIA Á CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA ANTINOMIA ENTRE NORMAS MORAIS E PRÁTICA SOCIAL.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/op/a/8vW5w5whdMLRD3sqWPV6fgg/?lang=pt>> Acesso em: 12 jul. 2021.

GOMES, Luiz, Flávio. **O CUSTO DA CORRUPÇÃO**. Disponível em:
<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/139906808/o-custo-da-corrupcao-no-brasil>> Acesso em: 12 jul. 2021.

IHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO**. Ed. Martin Claret, tradução de Pietro Nassetti. 2004. Pg. 27.

JORNAL DO BRASIL. FGV: **corrupção custa R\$ 30 bi ao ano para a economia do País**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/fgv-corrupcao-custa-r-30-bi-ao-ano-para-a-economia-do-pais,d6aa6f7d7fc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acessado em: 14 de jul. 2021.

MEDEIROS, Alexsandro, M. **PODER E CORRUPÇÃO**. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/ci%C3%Aancia-politica/poder-e-corrupcao/>> Acesso em: 12 jul. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baronde, 1689-1755. **O ESPÍRITO DAS LEIS**: as formas de governo a federação, a divisão dos poderes/ Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota.- 8. Ed. Revista.- São Paulo: Saraiva, 2004, pgs. 145, 149.

PLANALTO. **Fórum: O Controle no Combate à Corrupção 2020**. Disponível em: <<https://youtu.be/BDacWOeONiE>> Acesso em: 14 de jul. 2021.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA DO PARÁ. **Operação Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/valor-devolvido-pela-lava-jato-ja-ultrapassa-os-r-4-bilhoes>> Acesso em: 13 de novembro de 2021

STEPHANOWITZ, Helena. **Investigações aumentam ligações da gestão FHC à corrupção na Petrobras**. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/blogs/2014/11/investigacoes-aumentam-ligacoes-da-gestao-fhc-a-corrupcao-na-petrobras-6737/>> Acesso em: 29 jun. 2021.